

Karl Pröbsting

Kundenschutzvereinbarungen
mit Eigenhändlern
und ihre kartellrechtliche Beurteilung

1968

1969

KUNDENSCHUTZVEREINBARUNGEN MIT EIGENHÄNDLERN
UND IHRE KARTELLRECHTLICHE BEURTEILUNG

INAUGURAL - DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES
AKADEMISCHEN GRADES EINES DOKTORS DER RECHTE
DURCH DIE
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
DER WESTFÄLISCHEN WILHELMS - UNIVERSITÄT
ZU MÜNSTER

VORGELEGT VON

K A R L P R Ö B S T I N G

AUS WARBURG

1969

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Rudolf Lukes

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Andreas Heldrich

Dekan : Prof. Dr. Hellmuth Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 11.Dezember 1968



<u>Inhalt</u>	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
A. Einleitung	1
I. Aufgabe und Ziel der Arbeit	1
II. Der Begriff des Eigenhändlers	1
III. Der Begriff des Kundenschutzes	2
B. Hauptteil	4
I. Der kooperative und integrierte Eigenhändler	4
1) Der Grund und die Berechtigung dieser Unterscheidung	4
2) Die Bedenken gegen diese Unterscheidung	7
3) Die Abgrenzung	8
a) Die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Grundsätze	10
b) Die Bedeutung des Rechtsscheinsgrundsatzes	10
c) Die rechtliche Qualifizierung des Eigenhändlervertrages	12
d) Die Unterscheidung von Händler und Handelsvertreter	13
aa) Die Eigentumsverhältnisse an der Ware	14
bb) Die Übernahme eines erheblichen eigenen Service	18
cc) Die selbständige Bestimmung von Preisen und Geschäftsbedingungen	19
e) Die Abgrenzung anhand der Verteilung der Handelsfunktionen und-risiken	21
aa) Die Handelsfunktionen und das Handelsrisiko	23
a1) Die Raumüberbrückung	24
b1) Die Vordisposition	25
c1) Die Lagerung	26
d1) Die Kreditgewährung	26
e1) Die Preisausgleichung	26

f1) Die Sortimentierung	27
g1) Die Interessenwahrung und Beratung	27
h1) Die Zusammenfassung von Aufträgen	28
i1) Die Manipulierung der Ware	28
k1) Die Markterschließung	29
bb) Die unbedeutenden Funktionen und Risiken	29
cc) Die ausschlaggebenden Funktionen und Risiken	33
dd) Das Zwischenergebnis	35
II. Die zivilrechtliche Auslegung der Kundenschutzvereinbarung	37
1) Die Rechtsgrundlagen der Auslegung	38
2) Die wirtschaftlichen Motive der Kundenschutzvereinbarung	39
a) Die Interessenlage des Herstellers	40
aa) Die Markterschließung und Marktpflege	41
bb) Das Optimierungsproblem	42
cc) Die Markteinführung	42
dd) Die Reduzierung der Absatzkosten	43
ee) Der Kampf gegen Lockvogelpraktiken	43
ff) Die Sicherung der Preisbindung	44
gg) Der Kampf gegen die organisierte Nachfrage	44
b) Die Interessenlage des Eigenhändlers	45
aa) Die Erhaltung des Kundenstammes	45
bb) Die Monopolstellung	46
3) Die aus dem Kundenschutz erwachsenden Rechte und Pflichten	46
a) Die Unterlassungspflicht des Herstellers	46
aa) Das Verbot des direkten und indirekten Verkaufs	47
a1) Die Kundenkreisbegrenzung	47
b1) Der Sonderfall der Betriebsangehörigen des Herstellers	49
c1) Die sachliche Begrenzung	49
bb) Der Ausschluß jeglicher Absatztätigkeit	50
a1) Die gesetzliche Wertung des § 87 Abs. II HGB	50
b1) Die Rechtslage beim integrierten Eigenhändler	51

a2) Die Entstehung des Provisionsanspruchs	53
b2) Die Verwirkung des Provisionsanspruchs	54
c1) Die Rechtslage beim kooperativen Eigenhändler	54
cc) Der Vertrieb von Substitutionsgütern	56
dd) Der zweigleisige Vertrieb	57
ee) Der Vertrieb von Bestandteilen der Ver- tragsware	58
b) Die Tätigkeitspflichten des Herstellers	58
aa) Die konträren Auffassungen	58
bb) Die eigene Stellungnahme	59
al) Die systematische Aufgliederung des Kundenstammes	59
bl) Die vereinzelte Gewährung von Kunden- schutz	62
cl) Die Erfolgsgarantie	63
d1) Die Ausnahme bei Zubehörteilen	65
c) Die Unterstützungspflicht des Herstellers	66
aa) Die Aufrechterhaltung der Produktion	66
bb) Die Lizenzvergabe	67
cc) Die Lieferungsmodalitäten	69
al) Rechtslage beim integrierten Eigen- händler	69
bl) Rechtslage beim kooperativen Eigen- händler	70
d) Die Unterlassungspflicht des Eigenhändlers	71
aa) Die Rechtslage beim integrierten Eigen- händler	72
bb) Die Rechtslage beim kooperativen Eigen- händler	73
e) Die Tätigkeitspflicht des Eigenhändlers	74
aa) Die Rechtslage des integrierten Eigenhändlers	74
bb) Die Rechtslage des kooperativen Eigenhändlers	75
f) Der Kundenschutz nach Ablauf des Händlervertrages	76
aa) Das Wettbewerbsverbot des Herstellers	76
bb) Das Wettbewerbsverbot des Eigenhändlers	78

g) Der Objektschutz	79
4) Die Dauer des Kundenschatzes	81
a) Der Beginn des Kundenschatzes	81
b) Die ordentliche Beendigung des Kundenschatzes	82
aa) Der befristete Kundenschatz	82
bb) Der unbefristete Kundenschatz	83
cc) Die analoge Anwendung von §§ 87 Abs. III, 89 b HGB	84
c) Die außerordentliche Kündigung	85
d) Die Beendigung bei Konkursverfahren	85
e) Der Wechsel in der Person der Beteiligten	86
aa) Die Übertragbarkeit des Kundenschatzes	86
bb) Der Wechsel in der Person des Eigenhändlers	88
cc) Der Wechsel in der Person des Herstellers	88
III. Die Rechtsnatur der Kundenschatzvereinbarung	90
1) Die Vertragsart	91
2) Die Verletzung der Dauerplichten aus der Abrede	92
3) Weitere Ansprüche gegen den Hersteller	93
4) Die Konkurrenzlosigkeit als zugesicherte Eigenschaft	95
IV. Die Vereinbarkeit mit dem BGB	96
V. Die kartellrechtliche Beurteilung der Kundenschatzklausele	97
1) Die Vereinbarkeit mit § 18 GWB	97
a) Das Alleinverkaufsrecht bei Lizenzabreden	98
b) Die Anwendbarkeit auf wechselseitige Bindungsverträge	100
c) Die Bindungen des Herstellers	102
aa) Verträge zwischen Unternehmen	102
bb) Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen	106
cc) Verträge über gewerbliche Leistungen	107
dd) Die Beschränkung in der Abschlußfreiheit	109
al) Das subjektive Recht und die Wettbewerbsordnung	110

a2) Das Recht am Unternehmen und systematischer Kundenschutz	117
b2) Das Eigentum	121
c2) Das Warenzeichenrecht	123
b1) Das Zwischenergebnis	126
bb) Die Bindungen des Eigenhändlers	126
a1) Die wesenseigene Bindung	127
b1) Die gesetzlich anerkannte Bindung	128
c1) Der Grundsatz von Treu und Glauben und die Wettbewerbsordnung	130
d) Der Einfluß des Kundenschlutzes auf den Wettbewerb	133
a1) Die Vereinbarung mit dem integrierten Eigenhändler	134
b1) Die Vereinbarung mit dem kooperativen Eigenhändler	138
a2) Der relevante Markt	139
b2) Die Wesentlichkeitsprüfung	141
a3) Der Allstufenwettbewerb	141
b3) Der Schutz vor time-lag	148
c3) Der Unterschied zum integrierten Eigenhändler	149
d3) Die entscheidenden Abwägungskriterien	150
e3) Der Kundenschutz als Markteinführungsmittel	154
f3) Die Bedeutung der Kooperation	156
g3) Die Bedeutung der Gegengewichtsbildung	157
h3) Der nachvertragliche Kundenschutz	158
i3) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit	160
k3) Das Ergebnis	161
2) Die Beurteilung nach § 1 GWB	161
3) Die Beurteilung nach § 26 GWB	164
4) Die Beurteilung nach Art. 85 EWGV	166
a) Die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. I EWGV	167
b) Die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. III EWGV	170

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|------------------------|---|
| Abbott, Lawrence | Qualität und Wettbewerb. Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie, München, Berlin 1958 |
| Ackermann, Karl | Die Wirtschaft und das Recht, Berlin 1929 |
| Almén, Tore | Das skandinavische Kaufrecht (Deutsche Ausgabe), Heidelberg 1922 |
| Andreae-Glahe | Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 1 (FJW-Schriftenreihe Heft 33), Köln, Berlin, Bonn, München 1966 |
| Apt, Max | In Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr Bd. I, Berlin 1907, zit.: Apt, Gutachten |
| Arndt-Ollenburg | Begriff und Arten der Konzentration, in Konzentration in der Wirtschaft. Bd. I der Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Berlin, München 1960, zit.: Konzentration VfS I |
| Arnold, Hans | Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 II GWB in seinem Verhältnis zur Vertriebsbindung nach § 18 I Nr. 3 GWB. WuW 60, 618 ff. |
| Axster, Oliver | Die Vorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, in Kartellrundschau Heft 8 (1966) S. 143 ff. |
| Bär, Rolf | Kartellrecht und internationales Privatrecht, Karlsruhe 1965 |
| Ballerstedt, Kurt | Das Verhältnis von Recht und Wirtschaft als Aufgabe der Forschung und Gestaltung, in Gewerkschaft, Wirtschaft und Gesellschaft, Köln 1963, zit.: Verhältnis |
| Ballerstedt, Kurt | Wirtschaftsverfassungsrecht, in Neumann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte, Bd. III 1. Hälfte S. 1 ff., Berlin 1958 |
| Ballerstedt, Kurt | Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaft, JuS 63, 253 ff. |
| Ballerstedt, Kurt | Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, JZ 51, 486 ff. |
| Ballerstedt, Kurt | Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Festschrift für Böhm S. 179, Karlsruhe 1965 |
| Bartholomeyczik, Horst | Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166, 30 ff. |
| Baruch, Wolfgang | Zum Anwendungsbereich des GWB, WuW 61, 530 ff. |
| Bauer-Mengelberg, R. | Knebelungsverträge. 2. Aufl. Berlin 1931 |

Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch 17. Aufl., München Berlin 1966
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8. und 9. Auflage, München, Berlin 1960, 1964
Baumbach-Schwab	Schiedsgerichtsbarkeit 2. Auflage, München Berlin 1960
Bayer, Hans	Optimierung - ein neuer Faktor der Wirt- schaftsgestaltung, Jahrbuch 1965, 130 ff.
Beier, Friedrich-Karl	Die kartellrechtliche Beurteilung in Allein- vertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA, GRUR AT 64, 84 ff.
Belke, Rolf	Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966
Bender, Bernd	Sozialbindung des Eigentümers und Enteig- nung, NJW 65, 1297 ff.
Benisch, Werner	Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, DB 65, 1035 ff.
Benkard, Georg	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltschaftsgesetz 4. Aufl., bearbeitet von Hans Bock, München, Berlin 1963
Bernhardt, Wolfgang	Lehrbuch des Deutschen Patentrechts 2. Aufl. München, Berlin 1963
Bettermann, Karl-August	Grundfragen des Preisrechtes für Mieten und Pachten, Tübingen 1952
Beyerle, Franz	Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932
Biedenkopf, Kurt	Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in/ Biedenkopf, Callmann, Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts S. 11 ff., Heidelberg 1957
Biedenkopf, Kurt	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlich- keitsklausel als Beispiel, Heidelberg 1958
Bierer, Hermann	Das Alleinverkaufsrecht, Zürcher Diss. 1922
Birkhahn, Raimund	Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter auch ohne vertragliche Vereinbarung? BB 61, 1353 ff.
De Biseau de Hauteville, Camille	Statut des Concessionnaires exclusifs (Loi du 27 juillet 1961) Brüssel 1962
Böhm, Franz	Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Recht und Staat Nr. 153/154, Tübingen 1950
Böhm, Franz	Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
Borchardt-Fikentscher	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Markt- beherrschung, Stuttgart 1957

- Britsch-Hauss-Rosenberger
Berufsausübung im Einzelhandel, Berlin, Frankfurt 1961
- Brandt, Karl
Preistheorie, Ludwigshafen 1960
- Brecher, Fritz
Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Rechtstheoretische Grundlegung, Bonn 1953
- v. Brunn, Johannes Heinrich
Zum Recht des Eigenhändlers, in: Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag S. 327 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- v. Brunn, Johannes Heinrich
Die Händlerverträge der Kraftfahrzeugwirtschaft, Frankfurt 1949, zit.: Händlerverträge
- v. Brunn, Johannes Heinrich
Das Wettbewerbsverbot im Handelsvertreterrecht beim Fehlen einer Vereinbarung, AcP 163, 487 ff.
- Bucher, Eugen
Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen 1965
- Budczies, Michael
Der Automobilvertragshändler in Deutschland, den USA und Frankreich. Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Köln 1959
- Bünting, Heinz
Kartellersatz durch vertikale Preisbindung WuW 57, 143 ff.
- Bussmann, Kurt
Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschließlichkeitsverträge, WuW 53, 131 ff.
- Buxbaum, Richard
Die dem Patentmonopol innewohnenden Beschränkungen, WuW 66, 193 ff.
- v. Caemmerer, Ernst
Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. II S. 49 ff. Karlsruhe 1960, zit.: DJT-Festschrift
- Callmann, Rudolf
Das deutsche Kartellrecht 2. Aufl., Berlin 1932
- Casel, Jean
Refus de vente. Clauses d'exclusivité. Contrat de concession, Paris 1960
- Catalano, Nicola
Le contrats dits "d'exclusivité" et l'article 85 du Traité de la CEE, in: Dalloz 1964, 29^e Cahier chronique XXV S. 173 ff.
- Champaud, Claude
La concession commerciale, in: Revue trimestrielle de Droit commerciale 1963, 451 ff.
- Coing, Helmut
Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag, ZgesHR 125, 271 ff.
- Deringer, Arved
Alleinvertriebsabkommen mit Gebietsschutz nach EWG-Wettbewerbsrecht, MA 65, 122 ff.

- Deringer, Arved Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85 bis 94) nebst Durchführungs-Verordnungen und Richtlinien, Düsseldorf 1962 ff.
- Deringer-Tessin Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB, WuW 66, 132 ff.
- Diederichsen, Uwe Die Haftung des Warenherstellers, München, Berlin 1967
- Doebel, Rüdiger Vertikale Preisbindung und Konzentration, Köln, Opladen 1964
- Döringer, Wolfram Die Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Markenwaren, WuW 53, 663 ff.
- Duden, Konrad Kündigung von Tankstellenverträgen nach § 624 BGB, NJW 62, 1326 ff.
- Duesberg, Peter Determinanten der internationalen Güterströme. Der Erklärungswert der Faktor-Proportionen-Theorie für den Handel in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1965
- Duesberg, Peter Wirtschaftliche Analyse der zweiseitigen Alleinvertriebsverträge, WuW 66, 463 ff.
- Dyckerhoff-Rinke Das Recht des Immobilienmaklers 5. Aufl., Berlin, Frankfurt 1966
- Ehrenberg, Victor Wesen der Firma, ZgesHR 28, 25 ff.
- Engelbrecht, Klaus Die Kooperation von Klein- und Mittelbetrieben mit Großbetrieben, DB 66, 1737 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I, Tübingen 1959
- Ermann, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2 Bände, 3. Aufl., Münster 1962
- Esser, Josef Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt 1940
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 2. Aufl., Tübingen 1964
- Esser, Josef Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in: Studium Generale 1959, 97 ff.
- Eucken, Walter Grundlagen der Nationalökonomie 6. Aufl., Berlin, Göttingen 1950
- Ewald, Heinz Der Alleinvertretervertrag unter der Sicht des Art. 85 EWGV, MA 65, 113 ff.
- Ewald, Heinz Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag entbehrlich? Gutachten 1952

- Fack, Ulrich Gegenmacht wäre auch Macht, in: FAZ vom 12.12.1961
- Fikentscher, Wolfgang Zum Recht der Diskriminierung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 58,257 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht 2. Aufl., Heidelberg 1962, zit.: Fikentscher, Preisunterbietung
- Fikentscher, Wolfgang Sonstige Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für Alfred Hueck S. 543 ff., München, Berlin 1959
- Fikentscher, Wolfgang Die vertikale Preisempfehlung, München, Berlin 1960, zit.: Fikentscher, Preisempfehlung
- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht, Berlin 1965
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz München, Berlin 1958
- Fikentscher, Wolfgang Die Interessengemeinschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Fikentscher, Wolfgang Die Warenzeichenlizenz im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für Ulmer, München, Köln, Berlin, Bonn 1963
- Fischer-Lüdecke Lizenzverträge, Weinheim 1957
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, zit.: Flume DJT-Festschrift
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes Bd. II, Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Förster-Kann Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1926
- Frankfurter-Kommentar Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Rautmann, v.Hahn, Hoffmann, Kreifels, Frühauf, Lehmann, Erlinghagen, Köln 1959-1966
- Galbraith, John Kenneth American Capitalism: The Concept of Countervailing Power 2. Aufl., Cambridge 1956
- Gallois, Hermann Handelsbräuche und allgemeine Verkehrssitte im deutschen Weinhandel, Neustadt 1954
- v. Gamm, Otto-Friedrich Zeichenverletzung und Verletzung des Alleinvertriebsrechts durch Einfuhr von Originalwaren bei Eintragung der Marke auf den Namen des Alleinvertriebsberechtigten, WRP 62, 79 ff.
- v. Gamm, Otto-Friedrich Warenzeichengesetz. Kommentar, München, Berlin 1965

Gandenberger, Otto	Was ist ein Unternehmen? Volkswirtschaftliche Überlegungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1963
Gass, Berthold	Urteilsanmerkung zu OLG Saarbrücken in NJW 60, 2339
Geisbüsch, Hans-Georg	Die organisierte Nachfrage, Köln, München 1964
Geist, Manfred	Selektive Absatzpolitik auf der Grundlage der Absatzsegmentrechnung, Stuttgart 1963
Gentz, Günther	Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. II GWB und § 9 KartVO, WuW 61, 587 ff.
Gering, Gerhard	Die Holzhandelsgebräuche, Stuttgart 1952
v. Gierke, Julius	Handelsrecht und Schifffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1958
Gieseke, Paul	Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift für Heymann Bd. II S. 112 ff. Weimar 1940
Glaser, Hugo	Wettbewerbsbeschränkungen in Geschäftsraummietverträgen, WRP 63, 80 ff.
Gleiss-Deringer-Lutz	Außenhandelsverträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, AWD 58, 5 ff.
Gleiss-Hirsch	Ausschließlichkeitsverträge nach der Novelle zu § 18 GWB, WRP 66, 18 ff.
Gleiss-Hootz	Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz und EWG-Kartellrecht, AWD 66, 307 ff.
Gross, Herbert	Neue Ideen in der Wirtschaft. Düsseldorf 1960
Günther, Eberhard	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 60, 159 ff.
Günther, Eberhard	Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 63, 191 ff.
Gutenberg, Erich	Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre. Bd. II: Der Absatz. 7. Aufl., Berlin, Heidelberg 1964
Gutzler, Helmut	Die Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 65, 917 ff.
Guyénot, Jean	Etude juridique et économique des conventions d'exclusivité de vente. Droit social 1965, 1 ff.
Haerry, Hans	Die Intensität des Wettbewerbs. Ein theoretischer Beitrag, Winterthur 1954

Hagenauer, Ludwig	Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Absatzorganisation der Automobilindustrie, Frankfurt 1964
Handler, Milton	Recent Antitrust Developments. 112 University of Pennsylvania Law Review 159 ff.
Haußmann, Frederick	Grundlegung des Rechtes der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926
Hax, Herbert	Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, Köln, Opladen 1961
Heck, Philipp	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff.
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heinemann, Gustav	Schiedsgerichte kraft Satzung, Gruchot 73, 316 ff.
Hellauer, Josef	Welthandelslehre. 10. Aufl., Wiesbaden 1954
Hellmann-Pfeiffer	Alleinvertriebsverträge im System des europäischen Kartellrechts, AWD 62, 241 ff.
Henckel, Wolfram	Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106 ff.
Henckel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München, Berlin 1964
Heuss, Ernst	Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965
Heyer, Louis Ferdinand	Zur vorzeitigen Kündbarkeit von Tankstellenverträgen (Zapfstellenabkommen) NJW 65, 1573 ff.
Hildebrandt, Franz	Wirtschaftsfreiheit. Wiesbaden 1949
Hoppmann, Erich	Workable Competition, ZBJV 66, 249 ff.
Hoppmann, Erich	Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 66, 97 ff.
Hoppmann, Erich	Binnenhandel und Binnenhandelspolitik. Berlin 1959
Hoth, Jürgen	Ware und gewerbliche Leistung, WRP 56, 261 ff.
Houssiaux, Jacques	Expérience récentes de quasi-intégration. Revue économique 1959, 388 ff.
Huber, Ernst Rudolf	Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959
Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht 2 Bände 2. Aufl., Tübingen 1953/1954
Hubmann, Heinrich	Das Recht am Unternehmen, ZgesHR 117, 41 ff.
Hueck, Alfred	Das Recht der OHG. 4. Aufl., München, Berlin 1964

- Hueck-Nipperdey Grundriß des Arbeitsrechts. 3. Aufl., Berlin, Frankfurt 1965
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München, Berlin 1958
- Huppert, Walter Systematik der Integration, in: Schmollers Jahrbuch 1965, 449 ff.
- Jacob-Steinorth, Karl Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im Deutschen und Amerikanischen Recht, Karlsruhe 1964
- Jacobs, Horst Heinrich Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Bonn 1964
- Jessen-Reimann-Zweigert In: v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Neu herausgegeben von C.H. Ule, Wirtschaftsverwaltungsrecht II Abschnitt VIII Kartellrecht, Berlin, Bonn, Köln 1965
- v. Ihering, Rudolf Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. III 1. Hälfte, 4. Aufl., Leipzig 1888
- IHK Oldenburg Die Kundenschutz-Vereinbarung zwischen Handlungsagenten und vertretener Firma. Gutachten. BB 51, 150
- Jähr, Walter Adolf Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift der Handelshochschule St. Gallen S. 311 ff., St. Gallen 1949
- Jähr-Singer Die Nationalökonomie im Dienst der Wirtschaftspolitik, Göttingen 1957
- Jordan Exklusive und Restricted Sales Areas under the Antitrust Law, 9 University of California Los Angeles Law Review 111 ff.
- Isay, Rudolf Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910
- Isele, Hellmut Georg Geschäftsbesorgung. Umriss eines Systems. Marburg 1935
- Kaysen-Turner Antitrust Policy; An Economic and Legal Analysis, Cambridge (USA) 1959
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre 2. Aufl., Wien 1960
- Kessler-Stern Competition, Contract and Vertikal Integration. 69 The Yale Law Journal 1 ff.
- Klone, Siegfried Wettbewerbsverbote und § 1 GWB, WuW 61, 323 ff.
- Kleemann, Gerd Die kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Ausschließlichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt, DB 62, 1631 ff.

Kleemann, Gerd	Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962
Klein, Franz	Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe Bd.I, Wien 1927
Koch, Hans-Jörg	Der Kundenschutz im Weingeschäft, DWZ 1956, 59 ff.
Koch, Hans-Jörg	Kundenschutz des Vermittlers, DB 57, 85 ff.
v. Köhler, Karl-Heinz	Systemdenken oder Problemendenken im Kartellrecht? Zur Problematik des § 1 GWB, MA 59, 961 ff.
Kraaijeveld, H.	Economische Aspecten von de Aleenverkoop-overeenkomst, in: Economische-Statistische Berichten 1965, 1093 ff.
Kroft, Alfons	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München, Berlin 1963
Krause, Heinrich-Wilhelm	Steuerrecht. Allgemeiner Teil, München, Berlin 1966
Krause, Hermann	Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht, ZgesHR 105, 69 ff.
Krause-Katluhn-Lindenmeyer	Das Patentgesetz 4. Aufl., München, Berlin, Köln 1956
Kröger, Heinz	Verbund durch Warenzeichen, MA 63, 496 ff.
Kronstein, Heinrich	Staat und private Macht in der neuen amerikanischen Rechtentwicklung, in: Festschrift für Böhm S. 137 ff., Karlsruhe 1965
Kronstein, Heinrich	Arbitration is Power, in: 11 Vanderbilt Law 277 ff.
KrÜckmann, Paul	Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozeß; zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz, AcP 101, 1 ff.
Krusche, Dieter	Marktverhalten und Wettbewerb, Berlin 1961
Kuhn, Ottmar	Strohmangründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Kummer, Max	Der Begriff des Kartells, Bern 1966
Lampe, Adolf	Umriss einer Theorie des Handels. Schriftenreihe der Forschungsstelle für Handel. Dritte Folge Nr. 1, Berlin 1958
Lang, John Temple	The Common Market and Common Law. Chicago, London 1966
Langen, Eugen	Lizenzvertrag, Kartellvertrag oder gemischter Vertrag? WuW 60, 669 ff.
Langen, Eugen	Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht, München, Berlin 1963

- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz 4. Aufl., Neu-
wied, Berlin 1965
- Lanzenberger, Fritz Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalver-
trägen und durch tatsächliches Verhalten
(insbes. Preisbindung, Diskriminierung und
Boycott). GRUR 58, 593 ff.
- Larenz, Karl Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäf-
tes. Nachdruck der 1. Aufl. von 1930, Frank-
furt 1966, zit.: Larenz, Auslegung des Rechts-
geschäfts.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin,
Göttingen, Heidelberg 1960
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts 2 Bd., 7. Aufl.,
München, Berlin 1966
- Lehmann, Heinrich Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen
Recht, München 1906
- Lehmpfuhl, Rudolf-S Vertriebsbindungen, Köln, Berlin, Bonn,
München 1965
- Leibholz-Rinck Grundgesetz, Köln 1966
- Lenel, Hans-Otto Ursachen der Konzentration unter besonderer
Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse,
Tübingen 1962
- Leo, Christian Ausschlusslichkeitsvertrag in den Entwürfen
für eine Reform des GWB, WRP 64, 330 ff.
- Leo, Hans-Christoph Das Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter,
BB 62, 1106 ff.
- Lieberknecht-Gnauk Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wett-
bewerbsverboten in Personengesellschaften,
BB 63, 1067 ff.
- Lieberknecht, Otfried Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wett-
bewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1953
- Lockhard-Sacks The Relevance of Economic Factors in Deter-
mining whether Exklusive Arrangements violate
Section 3 of the Clayton Act. 65 Harvard
Law Review 913 ff.
- Loebell Schutz der Preisbindung durch Export-und
Re-Importverbote, WRP 64, 33 ff.
- Lukes, Rudolf Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter
Hand und der Preisempfehlung, JuS 1962,
161 ff., 215 ff.
- Lukes, Rudolf Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes
in der Denkkategorie des Rechts, in: Fest-
schrift für Böhm S. 199 ff., Karlsruhe 1965

- | | |
|---------------------------|---|
| Lukes, Rudolf | Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkung. München, Berlin 1959 |
| Lukes, Rudolf | Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH. in: NJW 64, 1955 ff. |
| Lutz, Helmut | Die Arbeitsgemeinschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 60, 1833 ff. |
| Lutz, Helmut | Auswirkungen der Kartellgesetznovelle auf vertikale Bindungen nach § 18 GWB. BB 65, 1336ff. |
| Lutz-Steiner | Umfang der Preisbindung und Diskriminierungsverbot, BB 1958, 1154 ff. |
| Machlup, Fritz | Wettbewerb im Verkauf, Göttingen 1966 |
| Machlup, Fritz | "Patentwesen", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 8 S. 231 ff., Tübingen, Göttingen 1964 |
| Magen, Albrecht | Gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellrecht, BB 63, 333 ff. |
| Magen, Albrecht | Gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellrecht, NJW 61, 147 ff. |
| Magen, Albrecht | Lizenzverträge und Kartellrecht, Heidelberg 1963 |
| Mangold, Wolfgang | Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, NJW 61, 2284 ff. |
| Martino, Horst-Dieter | Alleinvertriebsverträge im Gemeinsamen Markt, MA 66, 89 ff. |
| Maunz-Durig | Grundgesetz 2. Aufl., München, Berlin 1963 |
| Mayer-Wegelin, Heinz | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Frankfurt 1966 |
| Mc Carthy, Jerome | Basic Marketing; A Managerial Approach, Washington 1963 |
| Mellerowicz, Konrad | Der Markenartikel. Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung 2. Aufl., München, Berlin 1963 |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik S. 103 ff., Berlin 1964, zit.: Mestmäcker, Verhältnis |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung S. 305 ff., Berlin 1963 |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | "Wettbewerbsbeschränkungen" in Staatslexikon Bd. 8 Freiburg 1963, zit. Mestmäcker, Staatslexikon S. 651 |

- | | |
|---------------------------|--|
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 64, 441 ff. |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Diskriminierung, Dirigismus und Wettbewerb, WuW 57, 92 ff. |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58, 521 ff. |
| Mestmäcker, Ernst-Joachim | Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte, JZ 54, 621 ff. |
| Meyer, Fritz | Worum feste Preise für Markenartikel? Auseinandersetzung mit einer Interessen-Ideologie. Ordo VI S. 133 ff., Düsseldorf, München 1954 |
| Meyer-Cording, Ulrich | Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 62, 461 ff. |
| Meyer-Cording, Ulrich | Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag Bd. I S. 537 ff., München, Berlin 1965 |
| Miksch, Leonhard | Der Wettbewerb als Aufgabe 2. Aufl., Bad Godesberg 1947 |
| Möhring, Philipp | Die Reimportklausel nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, in: Festschrift für Otto Riese S. 175 ff., Karlsruhe 1964 |
| Möhring, Philipp | Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 63, 81 ff. |
| Möhring, Philipp | Die Nutzungspflicht (Verlagslizenz) und das Wettbewerbsverbot bei ausschließlichen Patentlizenzen in kartellrechtlicher Sicht, in: Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln, Bonn, Berlin, München 1965, zit.: Möhring, Lizenzvertrag |
| Möhring, Philipp | Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie, WuW 53, 537 ff. |
| Morera | Considerations en matiere de réglementation communautaire de la clause d'exclusivité, in: Le Droit et les Affaires 1965 Document XIII |
| Müller, Klaus | Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP 165, 285 ff. |
| Müller-Gries-Giessler | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kartellgesetz 2. Aufl., Frankfurt 1967 |
| Müller-Henneberg, Hans | Zu den Begriffen "Kartell" und "Wettbewerbsbeschränkung", WuW 63, 877 ff. |

- XVIII -

- | | |
|-------------------------|---|
| Mueser, Wilhelm | Die praktische Bedeutung des § 687 Abs. 2 BGB, Diss. Köln 1934 |
| Nawroth, Egon Edgar | Die Sozial-und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus 2. Aufl., Heidelberg 1962 |
| Neumann, Erwin | Handelsvertreter-, Kommissionär-und Eigenhändlerverträge im Gemeinsamen Markt, DB 62, 1495 ff. |
| Neumann, Erwin | Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht, WuW 57, 562 ff. |
| Nipperdey, Hans Carl | Der Eingriff in schuldrechtlich festgelegte Interessensphären und § 687 Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Böhm S. 163 ff., Karlsruhe 1965 |
| Nipperdey, Hans Carl | Wettbewerb und Existenzvernichtung. Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts, Berlin 1930 |
| Nipperdey, Hans Carl | Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1965 |
| Oberparleiter, Karl | Funktionen und Risiken des Warenhandels. 2. Aufl., Wien 1955 |
| Oppenheim, Chesterfield | Federal Antitrust Legislation: Guide Posts to a Revised National Antitrust Policy. 50 Michigan Law Review 1139 ff. |
| Oppenheimer-Tiburtius | Gemeinwirtschaftliche Gegensätze, in: Dringliche Wirtschaftsfragen Heft 8, Leipzig 1919 |
| Oppikofer, Hans | Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927 |
| Packard, Vance | The hidden Persuaders, New York 1957 |
| Palandt, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch 26. Auf., München, Berlin 1967 |
| Paul, Willy | "Inverkehrbringen" nach Patent- und Warenzeichenrecht, NJW 63, 980 ff. |
| Paulick, Heinz | Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956 |
| Peterek, Rainer | Zur Bedeutung und zum Umfang allgemeiner Kundenschutzvereinbarungen, BB 66, 351 ff. |
| Pfeiffer | Bedeutung der Einräumung des "Alleinverkaufsrechtes", LZ 1915, 1087 f. |
| Philips, Louis | Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit, WuW 64, 205 ff. |
| Pickel, Walter | Diskriminierung durch preisbindende Unternehmen, BB 65, 651 ff. |

- Pieper, Helmut Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln, Berlin 1963
- Plaisant, Robert Les contrats d'exclusivité. Rev. trim. droit dom. 1964, 1 ff.
- Quadri-Monaco-Trabucchi Trattato Istitutivo della Comunita Economica Europea. Commentario Bd. I - IV, Mailand 1965
- Raisch, Peter Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, JZ 65, 625 ff.
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 ff.
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1961, zit.: Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Raiser, Ludwig Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summen ius summa iniuria S 145 ff., Tübingen 1963
- Rasch, Harold Deutsches Konzernrecht 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Rasch, Harold Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht, WuW 58, 208 ff.
- Rasch, Harold Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1933
- Rasch-Westrick Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht 3. Aufl., Herne, Berlin 1966
- Redlich, Fritz System der Handelsfunktionen, in: Schmoller's Jahrbuch 1932, 27 ff.
- Rehbinder, Eckhard Fortschritte in der Produkthaftung, ZgesHR 129, 171 ff.
- Reichel, Hans Die Maklerprovision, München 1913
- Reimer, Eduard Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz 2. Aufl., München, Köln, Berlin 1958
- Rinck, Gerd Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag S. 361 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Rittner, Fritz Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft: Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht, FamRZ 1961, 1 ff.
- Rittner, Fritz Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung, MA 65, 97 ff.
- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 57, 1091 ff., 1118 ff.

- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957, zit.: Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen
- Rittner, Fritz Die Beschränkung des Kundenkreises, MA 58, 197 ff.
- Robert, Jean Contrat de concession exclusive et refus de vente, Sirey 1962, 221 ff.
- Röper, Burkhardt Ansätze zu einer wirklichkeitsnahen Theorie der Monopole und Oligopole, Weltwirtschaftliches Archiv Bd. 67, 218 ff.
- Röper, Burkhardt Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln. Tübingen 1955
- Röpke, Wilhelm Jenseits von Angebot und Nachfrage, Zürich, Stuttgart 1958
- Rosenthal-Bohnenberg Bürgerliches Gesetzbuch 15. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Rust Der "Alleinauftrag" des Immobilienmaklers, MDR 57, 205 ff.
- Rühle von Lilienstern, Hans Partnerschaft zwischen Industrie- und Handelsunternehmen, DB 66, 197 ff.
- Sasse, Karl-Heinz Die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs im Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung von Preis- und Vertriebsbindung, Diss. Köln 1965
- v. Savigny, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts Bd. I, Berlin 1840
- Schäfer, Erich Produktionswirtschaft und Absatzwirtschaft, ZfhF 1963, 537 ff.
- Schür, Johann Friedrich Allgemeine Handelsbetriebslehre. 2. Aufl., Leipzig 1913
- Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch. Erläutert von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder 4 Bände, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt 1960
- Schluep, Walter R. Der Alleinvertriebsvertrag. Marktstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966
- Schluep, Walter R. Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964
- Schluep, Walter R. Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WUR 1966, 36 ff.
- Schmidt, Ingo Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in §§ 22 GWB ff. und Art. 85 EWGV, WuW 65, 458 ff.
- Schmidt-Hachenberger Konkurrenzschutz in Mietverträgen und Kartellrecht, DB 1962, 957 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter "Wirtschaftsrecht", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 12, Tübingen, Göttingen 1965

- Schmidt-Rimpler, Walter Rechtsgutachten über die Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsklausel in den Tankstellen- und Selbstverbraucherverträgen der Treibstoffgesellschaften, Bonn 1952, zit.: Schmidt-Rimpler, Rechtsgutachten
- Schmidt-Rimpler, Walter Geschäfte der kaufmännischen Mittelpersonen. Der Handelsagent, in: Ehrenburg II, 1. Abteilung. Leipzig 1928
- Schröder, Georg Zum Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers, in: Betrieb 1966, 449 ff.
- Schumann, Hans Handelsrecht Bd. II (Handelsgeschäfte und Wertpapiere), Wiesbaden 1954
- Schwartz, Gustav EWG-Vertrag und vertikale Bindungen, MA 59, 317 ff.
- Segelmann, Frank Räumlich relevanter Markt in § 18 GWB, WuW 66, 942 ff.
- Seyffert, Rudolf Wirtschaftslehre des Handels. 5. Aufl., Köln, Opladen 1966
- Sieg, Harald Ausschließlichkeitsverträge und Kartellrecht (US - u. brit. Zone), BB 51, 295 ff.
- Snijders, W.L. De Alleenverkoopovereenkomst en art. 85 van het EEG-Verdrag, in: De naamlose Venootschap 1965 Nr. 11 S. 157 ff.
- Sölter, Arno Universalvertrieb oder Selektivvertrieb? MA 65, 306 ff.
- Sölter, Arno Markenpreisbindung und Marktintegration, Düsseldorf 1964, zit.: Sölter, Markenpreisbindung
- Sölter, Arno Die Ausnahmevorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 61, 665 ff.
- Sölter, Arno Vertriebsbindung im Gemeinsamen Markt, in: Kartellrundschaue Heft 4, Köln, Berlin, Bonn, München 1962
- Sölter, Arno Kooperation und Konzentration als unternehmerische Aufgabe in der EWG, in: Kartellrundschaue Heft 8 S. 43 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Sölter, Arno Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, WuW 66, 223 ff.
- Sölter, Arno Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung 2. Aufl., Düsseldorf 1960
- Spengler, Albrecht Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, Düsseldorf 1960
- Spengler, Albrecht Wettbewerbsbeschränkung durch Boykott (Teil II), DB 57, 1193 ff.

- Spengler, Albrecht Die Vertragslizenz und § 20 GWB, GRUR 64, 425 ff.
- Spengler, Albrecht Grenzen des Warenzeichenmonopols, WuW 54, 260 ff.
- v. Stackelberg, Heinrich Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre 2. Aufl., Tübingen 1951
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow, Heinichen 4 Bände, Berlin, Leipzig 1932, zit.: Staub-Bondi HGB
- Staub-Müller Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Aufl., Berlin 1913
- v. Staudinger, Julius Recht der Schuldverhältnisse. Teil 1 b § 242, bearbeitet von Wilhelm Weber, 11. Aufl., Berlin 1961
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II, 18. Aufl., Tübingen 1953
- Steindorf, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959
- Storkebaum-Kraft Warenzeichengesetz, Berlin, Heidelberg, New York 1967
- Stumpf, Herbert Kundenschutz, 3. Aufl., Frankfurt 1965
- Travers-Wright Restricted Channels of Distribution under the Sherman Act, in: 75 Harvard Law Review 795 ff.
- Ulmer-Beier Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG. Bd. I: Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Ulmer, Peter "Wettbewerbsbeschränkende Absprachen" im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 60, 163 ff.
- Veit, Otto Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik S. 8 ff., Berlin 1964
- Vollmar, Fritz Begriff und Wesen des Risikos in der Betriebswirtschaftslehre. Bern 1957
- Völpl, Fromut Preisbindung für Markenartikel, Diss. Tübingen 1960, zit.: Völpl, Preisbindung
- Völpl, Fromut Patentlizenzverträge im Erlaubnisverfahren der Kartellbehörden, BB 60, 761 ff.
- Walther, Carl Kartellrechtliche Probleme bei der Gewährung von Kundenschutz durch Nichtbelieferung von Wettbewerbern, WRP 58, 33 ff.

- Weber, Alfred Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin 1958
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. II S. 331 ff., Berlin 1954
- v. Werdt, Rudolf Zur Frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge, WuW 62, 583 ff.
- Westermann, Harry Lehrbuch des Sachenrechts 5. Aufl., Karlsruhe 1966
- Westermann-Lepsien Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965, NJW 66, 430 ff.
- Wieacker, Franz Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: Recht und Staat Heft 193/194, Tübingen 1956
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952
- Wohlfarth-Everling-Glaessner-Sprung Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Köln, Berlin, Frankfurt 1960
- Woll, Artur Wettbewerb im Einzelhandel, Berlin 1964
- Worpitz, Hans Georg Probleme der Funktionseinengung im mittelständischen Handel unter besonderer Berücksichtigung des Einzelhandels (Funktionseinengung - Funktionsfortfall), Köln, Opladen 1960
- Wurdinger, Hans Auswirkungen der Dekartellierung auf die Vertragspraxis der gewerblichen Wirtschaft, GRUR 49, 276 ff.
- Wurdinger, Hans Urteilsanmerkung zu LG Hamburg, NJW 63, 1551
- Wurdinger, Hans Gesellschaften. Teil 1: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937, zit.: Wurdinger Gesellschaften I
- Wurdinger, Hans Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13.7.1966 EuR 66, 283 f.
- Wustendorfer, H. Der Handelsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus, ZgesHR 58, 133 ff.
- Wyniger, Charles Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Bern 1963
- Zahn, Ernest Soziologie der Prosperität. München 1964
- Zeitler, Gottfried Der Konzernrabatt, WuW 59, 621 ff.

A B K Ü R Z U N G E N

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr und Seite)
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommandit- gesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1.1937
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AWD	Außenwirtschaftsdienst (Jahr und Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Band und Seite)
BG	Bundesgericht (der Schweiz)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BAK	Bundeskartellamt
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CDH	Centralvereinigung Deutscher Handelsvertreter und Handelsmakler
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
Diss.	Dissertation
DJT-Festschrift	Festschrift für den Deutschen Juristentag
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DWZ	Deutsche Weinzeitung (Jahr und Seite)
Ehrenberg	Handbuch des gesamten Handelsrechts herausgegeben von Ehrenberg
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWG-Kommission	Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EuGH	Gerichtshof für die Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Jahr und Seite)
F	Federal Reporter
F2d	Federal Reporter second series
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr und Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FK	Frankfurter-Kommentar
FSupp	Federal Supplement
GK	Gemeinschaftskommentar
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GRUR AT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Ausländischer Teil (Jahr und Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (Jahr und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Seite)
i.d.R.	in der Regel
IheringJ	Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
IHK	Industrie-und Handelskammer
JCP	Juris classeur périodique (Jahr und Seite)
JDR	Jahrbuch für Deutsches Recht
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KartVO	Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht

KO	Konkursordnung
KRT	Tagung der Kartellreferenten
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmeyer und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MA	Der Markenartikel (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Nr. der Ent- scheidung)
RE	Regierungsentwurf
Rev.trim.Dr.comm.	Revue trimestrielle Droit commerciale (Jahr und Seite)
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGRK-BGB	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, heraus- gegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
RGRK-HGB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RsprGH	Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichts- hofes
RStBl	Reichssteuerverblatt
Sächs. Archiv	Sächsisches Archiv (Band und Seite)
S.D.N.Y.	South District of New York
Sp.	Spalte
Tz	Textziffer
USA	Vereinigte Staaten von Amerika

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909
v.	versus (= gegen)
VDMA	Verband Deutscher Maschinenbau Anstalten
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht
VfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik
VglO	Vergleichsordnung
Vo Nr.17	Verordnung Nr. 17 des Ministerrats der EWG. Erste Durchführungsverordnung in den Art. 85 und 86 EWGV
Vol	Volume (= Band)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
Warn.Rspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Band und Nr.)
Weltw.Arch.	Weltwirtschaftliches Archiv (Band und Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
WuR	Wirtschaft und Recht (Jahr und Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Jahr und Seite)
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche For- schung (Jahr und Seite)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZgesHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

A. Einleitung

I. Aufgabe und Ziel der Arbeit

Nach einem Jahrhundert der Produktion befindet sich gegenwärtig die freiheitliche Marktwirtschaft mitten in einem Prozeß der Umwälzung der Distribution der produzierten Güter; gekennzeichnet durch das Suchen nach neuen Absatzformen und -wegen. In der modernen Absatzwirtschaft verkauft jede Wirtschaftsstufe nicht mehr an die nächste, sondern mit ihr. Heute sind die Absatzwege und Vertriebskanäle der industriellen Unternehmen häufig von ihnen selbst entwickelte, u.U. über mehrere Stufen hinwegreichende, auf guten partnerschaftlichen Beziehungen beruhende Ketten, die funktionsteilig ausgebaut sind ¹⁾.

Dieses Aneinanderrücken verschiedener Wirtschaftsstufen geschieht in der Wirtschaftspraxis in den mannigfaltigsten Formen ²⁾. Im Rahmen dieser Arbeit sollen die Rechtsverhältnisse dargestellt und beurteilt werden, die entstehen, wenn ein Produzent mit Eigenhändlern eine Absprache trifft, nach der dem Händler das Recht eingeräumt wird, allein die Waren des Produzenten an einen bestimmten Kundenkreis oder in einem bestimmten Gebiet zu verkaufen (Kundenschutz).

II. Der Begriff des Eigenhändlers

Dem deutschen ³⁾ Gesetzeswerk ist der Begriff des Eigenhändlers fremd, und es fehlt auch an einer gesetzlich geregelten Rechtsfigur, die der in der Wirtschaftspraxis entwickelten

-
- 1) Sölter, Markenpreisbindung S. 8 nennt es zu Recht einen Fehler, daß Hersteller- und Handelsmarkt grundsätzlich als in sich geschlossen und voneinander abgekapselt gesehen werden.
 - 2) Einen umfassenden Überblick über die Möglichkeiten gibt Mc Carthy, Basic Marketing; A Managerial Approach, Kapitel 2.
 - 3) In Belgien hat Art. 1 loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive a durée indéterminée eine Definition des hier interessierenden Händlertyps gebracht. Vgl. De Biseau de Hauteville, Le Statut des Concessionnaires exclusifs S. 9 Ähnlich in Frankreich die Figur der "concession commerciale", vgl. dazu Casel, Refus de vente S. 108

Stellung des Eigenhändlers entsprechen könnte ¹⁾. Der Eigenhändler ist ein Absatzmittler, der in den Fluß von Gütern vom Hersteller zum Verbraucher oder Verwender eingeschaltet ist mit der Aufgabe, Konsumenten zufriedenzustellen und seine eigenen Ziele zu erreichen. Wie jeder andere Händler tritt der Eigenhändler gegenüber dem Hersteller als Käufer auf und verkauft im eigenen Namen und für eigene Rechnung die Waren an Dritte weiter. Aufgrund eines besonderen Rahmenvertrages (Eigenhändlervertrag) ist er jedoch mit seinem Lieferanten in einem langfristigen Vertragsverhältnis verbunden, durch das er zu einem exponierten Repräsentanten des Herstellers wird und derart in dessen Absatzorganisation eingegliedert ist, daß daraus gegenseitige Interessenwahrungspflichten entstehen ²⁾. Der Eigenhändler ist also weder vollkommen unabhängiger Händler, noch Handelsvertreter oder Kommissionsagent ³⁾; letzteres ist er schon aus der Erwägung heraus nicht, daß stets dann, wenn der Hersteller den mit dem Absatz Beauftragten als Schuldner eines mit ihm geschlossenen Kaufvertrages in Anspruch nimmt, dieser Absatzmittler nicht Handelsvertreter oder Kommissionsagent, sondern Eigenhändler ist.

III. Der Begriff des Kundenschutzes

Auch hierbei handelt es sich um einen Begriff aus der Wirtschaftspraxis, der nicht in den deutschen Gesetzen zu finden ist. Mit der Kundenschutzvereinbarung verbindet zwar die Praxis bestimmte Begriffsvorstellungen, eine juristisch eindeutige Definition ist aber bisher infolge ihrer verschiedenen Ausgestaltung im Einzelfall nicht gelungen, so daß die Kundenschutzklausel bei

1) Darum finden sich in der Praxis der Händlerverträge die verschiedensten Bezeichnungen für diese wirtschaftliche Erscheinungsform, wie z.B.: Generalvertreter, Vertragshändler, Agent, Konzernhändler, Vertriebshändler.

2) Ähnlich Stumpf, Kundenschutz S. 8; v. Brunn, Zum Recht des Eigenhändlers S. 329; BGH NJW 59, 144

3) Vgl. zum Kommissionsagenten Wüstendörfer ZgesHR 58, 133

den herkömmlichen Vertragstypen des BGB und des HGB keine Erwähnung gefunden hat. Da das Wort Kundenschutz mehrdeutig ist und in der Praxis mit verschiedenem Inhalt verwendet wird, gilt es, eine dem Rahmen dieser Arbeit entsprechende Definition zu finden. Gemeint ist hier das wirtschaftliche Anliegen, die Geschäftsbeziehungen des Eigenhändlers zu seinen Kunden ¹⁾ vor Einwirkungen Dritter zu schützen. Zu diesem Zweck schließen Hersteller und Eigenhändler einen Vertrag, in dem der Produzent sich verpflichtet, seine Waren an einen im einzelnen näher bestimmten Kundenkreis nur über den vertragsschließenden Eigenhändler weiterzugeben. Die Bestimmung des Kundenkreises liegt entweder in der Zuweisung einer Personengruppe (z.B. Fabrikanten bestimmter Art) oder in der Zuweisung eines räumlich begrenzten Gebietes. Es werden also dem Eigenhändler durch den Hersteller gewisse Rechte in bezug auf einen Kundenkreis eingeräumt, und zwar mit dem wesentlichen Inhalt, daß er das Alleinverkaufsrecht gegenüber diesem Kreis erhält. Eine Kundenschutzvereinbarung liegt in jeder Abrede, in der ein Hersteller (auch Großhändler) einem nachstufigen Händler - sei er nun Einzel- oder Großhändler - hinsichtlich bestimmter Kunden Rechte gewährt, welche diesen vorrangig zum Abschluß von Geschäften mit den genannten Kunden berechtigen. Diese Klausel kann einmal, und das ist der Hauptfall, in den sog. Alleinvertriebsverträgen ²⁾ oder als nachvertragliche Regelung in einem Dauerlieferungsvertrag vereinbart werden.

Auszuscheiden haben alle anderen Fälle, in denen von Kundenschutz die Rede ist, wie z.B. der Fall des § 18 DepG, der vorsieht, daß der Kommissionär verpflichtet ist, für den Kommittenten unverzüglich ein Stückerverzeichnis anzulegen, um den Eigentumserwerb des Bankkunden zu beschleunigen ³⁾; oder der Fall, daß zwischen Wettbewerbern eine horizontale Absprache darüber getroffen wird,

1) Kunde ist der Abnehmer oder Zulieferer einer Ware, also die jeweils andere Marktseite.

2) Vgl. hierzu Schluep, Der Alleinvertriebsvertrag S. 18 m.w.N.

3) Vgl. dazu Schumann, Handelsrecht Bd. II S. 151

nicht in den Kundenkreis des anderen einzubrechen ¹⁾.

B. Hauptteil

I. Der kooperative und der integrierte Eigenhändler

1) Der Grund und die Berechtigung dieser Unterscheidung

Bei der zivilrechtlichen Auslegung und der kartellrechtlichen Beurteilung der Kundenschutzvereinbarung wird es im Einzelfall sehr wesentlich darauf ankommen, in welchem Verhältnis Eigenhändler und Hersteller zueinander stehen, ob der Eigenhändler im Absatz der Waren selbständig oder unselbständig ist. Zwar übernimmt der Eigenhändler stets die Waren rechtlich als Käufer und Wiederverkäufer, so daß nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Kaufvertrages als eines ein Umsatzgeschäft betreffenden gegenseitigen Vertrages Eigenhändler und Hersteller als unabhängig voneinander erscheinen. Wirtschaftlich aber erfüllt der Eigenhändler die Aufgaben eines Vermittlers zwischen Hersteller und Verbraucher, wobei er als selbständiger, vom Hersteller unabhängiger "ehrlicher Makler" oder als unselbständiges Absatzorgan des Produzenten auftreten kann, das durch den Eigenhändlervertrag den Weisungen des Herstellers derart unterworfen ist, daß es als dessen verlängerter Arm erscheint. Unter "selbständig" wird nicht die juristische, sondern die wirtschaftliche Selbständigkeit verstanden. Da die freie wirtschaftliche Entscheidungsbildung ein Kennzeichen des freien Unternehmers ist ²⁾, ist auch beim Eigenhändler die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit als Merkmal für seine Selbständigkeit zu setzen. Fehlt im Hinblick auf den weiteren Absatz der Waren diese Entscheidungsfreiheit gegenüber dem Hersteller, so gehört der Eigenhändler zur herstellereigenen Absatzorganisation. In diesem Falle ist der Kaufvertrag nur die juristische Konstruktion für die Weitergabe der Waren innerhalb der Absatzorganisation;

1) Vgl. dazu Langen § 1 GWB Anm. 83

2) Vgl. die gesetzliche Wertung in §§ 291 ff. AktG.
S. auch Ganderberger, Unternehmen S. 26

Über das Außenverhältnis zum Kunden ist damit noch nichts gesagt. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Außenverhältnisses - die Kundenschutzvereinbarung ist eine Regelung des Außenverhältnisses - sind die Interessen des Herstellers gegenüber den Interessen des Eigenhändlers vorrangig zu berücksichtigen, da der Hersteller Organisator und Hauptbetroffener des Außenverhältnisses ist und innerhalb seiner Absatzorganisation nicht verpflichtet ist, sich selbst Wettbewerb zu schaffen.

Es gilt also, den Eigenhändler, der durch den Rahmenvertrag zwar zur Interessenwahrung gegenüber dem Hersteller verpflichtet ist, die Weitergabe der Waren aber in wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit durchführt (kooperativer Eigenhändler), von dem Eigenhändler zu unterscheiden ¹⁾, der als gebundenes Absatzorgan derart in der Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist, daß er wirtschaftlich nur als Sucher von Abnehmern für die Waren des Herstellers erscheint (integrierter Eigenhändler). Entscheidend für die Klassifizierung ist der Umfang der Weisungsbefugnis des Produzenten und der Interessenwahrungspflicht des Eigenhändlers gegenüber dem Hersteller. Je mehr bei dem gesamten Absatzvorgang vom Fabrikator bis hin zum Verbraucher der Hersteller in die Gestaltung des Geschäftsbetriebes des Absatzmittlers eingreifen kann, desto eher kann von einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit des Absatzmittlers gesprochen werden ²⁾. Integrierter Eigenhändler ist ein Händler immer dann, wenn der Hersteller in der Lage ist, im Absatzgeschäft weitgehend seine Interessen und Vorstellungen durchzusetzen, und wenn bei entstehenden Interessenkonflikten zwischen dem Hersteller und dem Kunden der Händler den Interessen des Herstellers unter allen Umständen den Vorzug zu geben hat, und zwar auch dann, wenn dabei zugleich das eigene

1) Ein Ansatz hierzu findet sich bei Rittner, Ausschließlichkeitsbindung S. 155 f

2) Vgl. auch Worpitz, Funktionseinengung im Handel S. 67 ff.

Interesse hinter dem Interesse des Herstellers zurücktreten muß. Er ist Hilfgewerbetreibender ¹⁾ und steht als solcher wirtschaftlich mit dem Handelsvertreter und dem Kommissionsagenten auf einer Stufe, deren Funktion darin besteht, dem Hersteller bei der Kundengewinnung Hilfe zu leisten und dessen Waren für ihn abzusetzen. Bei einem solch engen Zusammenrücken bilden Hersteller und Händler eine komplexe Unternehmung ²⁾. Gegen diesen vertikalen Konzentrationsprozeß spricht nicht die mangelnde Vermögenskonzentration, denn die Anhäufung von Eigentum an Absatzmitteln ist für die Integration weniger bedeutsam als die Ansammlung von Verfügungsmacht über Vertriebsmittel. Bei dieser Erscheinungsform besitzt der Hersteller Entscheidungsbefugnisse über Absatzweg und Absatzform und beeinflusst maßgeblich deren Gestaltung, ohne daß dies von der Verteilung des Eigentums und des Vermögens abhängig wäre. Die Konzentration von Verfügungsmacht kann auch ohne Vermögenskonzentration eintreten ³⁾. Die Stellung des integrierten Eigenhändlers ist durch die Abhängigkeit von den Absatzplänen des Herstellers gekennzeichnet; gerade das bedeutet eine starke Ansammlung wirtschaftlicher Verfügungsmacht auf Seiten des Herstellers ⁴⁾.

Der kooperative Eigenhändler dagegen bleibt selbständig planender und eigenverantwortlicher Unternehmer, da dem Produzenten nach dem Rahmenvertrag kein Direktionsrecht über dessen Absatzbemühen zukommt, sondern dieser sein Verhalten selbst oder vor einem Dritten verantworten muß.

Zu

- 1) diesem Begriff Schmidt-Rimpler, Rechtsgutachten S. 7
- 2) Vgl. auch Isay, Unternehmen S. 120; Haußmann, Unternehmenszusammenfassung S. 82
- 3) S. Lenel, Konzentration S. 2; Doebel, Vertikale Preisbindung S. 1; Arndt-Ollenburg, Konzentration Vfs I S 33
- 4) Zu den Vorzügen der vertraglichen Integration gegenüber einer eigentumsmäßigen Fusion vgl. Kessler-Stern, The Yale Law Journal, Volume 69, 1959 S. 7

2) Die Bedenken gegen diese Unterscheidung

Gegen diese Unterscheidung der Eigenhändlertypen, die im Handels- und Wirtschaftsrecht erhebliche Auswirkungen haben kann, können aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Bedenken erwachsen, weil ein Vertragsverhältnis mit einem integrierten Eigenhändler oft nicht mit ausreichender Sicherheit von einem Dauerliefervertrag mit einem kooperativen Eigenhändler, der gewisse Ausschließlichkeitsbindungen enthält, abgegrenzt werden kann bzw. eine solche Abgrenzung nur im Einzelfall möglich sein wird ¹⁾. Die Rechtssicherheit spielt im Handels- und Wirtschaftsrecht eine bedeutende Rolle. Auf dem Gebiet des durch den Massenverkehr gekennzeichneten Handelsrechts zeigt sich - abgesehen von der besonderen Betonung des Vertrauensschutzes - sehr deutlich ein Stabilitätsinteresse und ein Bedürfnis nach Typisierung der Rechtsgeschäfte ²⁾ und Generalisierung der Rechtssubjektstypen ³⁾. Diese Tendenz ist im Wirtschaftsrecht sichtbar, besonders im Bereich des GWB. Da dieses Gesetz von allgemeinen politischen Wertvorstellungen und in seinen einzelnen Vorschriften von wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen ausgeht, ist es wegen des Mangels an praktikablen Rechtsbegriffen notwendig, auf zu viele Differenzierungen zu verzichten und die vorhandenen dehnbaren Begriffe so zu festigen, daß der Rechtszustand überschaubar wird ⁴⁾.

Jedoch gehört es andererseits auch zu den Aufgaben des Wirtschaftsrechts, das nicht rein zweckrational und wertindifferent ist, sondern zu einem einzelfallgerechten Interessenausgleich beitragen will ⁵⁾, den vielfältigen und differenzierenden Formen des Wirtschaftslebens gerecht zu werden. Da die Unterscheidung zwischen den beiden

1) Vgl. etwa v. Gamm, WRP 62, 79 ff.

2) So auch Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen S. 20 f.

3) Paulick, Genossenschaft S. 80; Kuhn, Strohmangründung S. 36

4) So auch Steindorf, Zweckmäßigkeit S. 63; Baumbach-Hefermehl, Einl. Anm. 12

5) Lukes, Kartellvertrag S. 128 ff., 186 f.; v. Koehler, MA 59, 961 f

Eigenhändlertypen anhand der in Händlerverträgen vorgenommenen Verteilung der Handelsfunktionen und Handelsrisiken - das sei hier vorweggesagt - zu treffen ist, die in den Wirtschaftswissenschaften eine feste und gesicherte Abgrenzung gefunden haben, lassen sich für die Klassifizierung praktikable Kriterien finden. Dies gilt umso mehr, als sich in der Wirtschaftspraxis bestimmte, immer wiederkehrende Eigenhändlertypen herausbilden. Die rechtliche Unterscheidung verschiedener Interessenkonstellationen erfordert auch der Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei der Prüfung, ob Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird, ist an die wirtschaftlichen Gegebenheiten anzuknüpfen. "Die Natur der Sache" ist ein bedeutendes Mittel bei der Auslegung von Gesetzen und zugleich eine Grenze für deren Anwendung¹⁾. Daß für deren Feststellung gerade wirtschaftswissenschaftliche Begriffe und Differenzierungskriterien herangezogen werden, ist methodisch nicht fehlerhaft. Im Wirtschaftsrecht kann gerade die Wirtschaftswissenschaft über die Natur der Sache Aufklärung geben²⁾, so daß die juristische Wertung ihren Anhaltspunkt häufig in wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen findet und diese nach eigener Methode für die Rechtsanwendung fruchtbar machen muß.

3) Die Abgrenzung

Die Unterscheidung hat auch bei der rechtlichen Beurteilung der Kundenschutzvereinbarung ihre Berechtigung, denn ein Eigenhändler wird noch nicht allein dadurch zum integrierten Eigenhändler, daß er im Rahmenvertrag für bestimmte Dauer gegenüber einem bestimmten Kundenkreis oder in einem bestimmten Gebiet den alleinigen Vertrieb der Erzeugnisse des Herstellers übernimmt. Die mit dem Alleinvertrieb verbundenen Nachteile, wie das Bremsen der Expansion in andere Gebiete, deren Ausmaß von der Absatzpolitik des Herstellers

1) Vgl. Mestmäcker, Verhältnis S. 113; Henckel, Rechtsphilosophie S. 291

2) S. Veit, Verhältnis S. 9; Rinck, Recht im Wandel S. 361 ff.

abhängt ¹⁾, und die Gefahr des eventuellen geschäftlichen Ruins durch den Verlust des größten Teils der Kundschaft bei Nichtverlängerung des Vertrages ²⁾, bringen den Eigenhändler noch nicht in eine solche Position, die man nicht mehr als echte Unternehmerstellung ansehen könnte, und von der man sagen mußte, sie sei ein untergeordnetes Verhältnis mit einem fast vollständig garantierten Einkommen ³⁾. Die Kundenschutzvereinbarung ist vielmehr - wie noch zu zeigen sein wird - ein Interessenausgleich von Hersteller und Händler, zu dem nicht selten der Händler die Initiative ergreift, wenn er in einer relativ starken Verhandlungsposition gegenüber dem Hersteller (besonders gegenüber kleinen und mittleren Herstellern ⁴⁾ ist und Klauseln durchzusetzen vermag, die primär seinen Interessen dienlich sind. Zwar gewinnt der Hersteller bei starker Marktmacht, so besonders auf dem oligopolistischen Markt der Automobilbranche, und bei Bestehen eines durch eine bekannte Marke geschaffenen Meinungsmonopols ⁵⁾ dem alleinverkaufsberechtigten Händler gegenüber eine Stellung, die ihm faktisch eine Kontrolle über Geschäftsablauf und -politik einräumt; aber dadurch verliert der Eigenhändler nicht die eigenverantwortliche Führung seines Unternehmens ⁶⁾. Im heutigen Wirtschaftsverkehr, der auf ständige und enge Zusammenarbeit eingestellt ist, wird dieser Zusammenarbeit in mancher Hinsicht die Freiheit zugunsten der Verantwortung untergeordnet ⁷⁾, ohne daß man deswegen von einer Aufgabe der Ent-

-
- 1) Vgl. dazu Kraaijeveld, Economische-Statistische Berichten 1965, S. 1119
- 2) S.Champaud, Rev. trim. Dr. comm. 1963, S. 462; Guyénot, Droit social 1965, S. 3
- 3) So aber Kraaijeveld a.a.O. S. 1152; Champaud a.a.O. S. 463
- 4) Zur besonderen Häufigkeit von Kundenschutzvereinbarung mit solchen Unternehmen vgl. Duesberg, WuW 66, 468
- 5) Zu diesem Begriff vgl. Mellerowicz, Markenartikel S. 34; Pickel BB 65, 659
- 6) A.A. Houssioux, Revue économique 1959 S. 388 ff., der dieses Verhältnis eine Quasiintegration und wirtschaftliche Symbiose nennt. Vgl. auch Miksch, Wettbewerb als Aufgabe S. 163
- 7) Langen, Internationales Wirtschaftsrecht S. 38

scheidungs-und Planungsfreiheit sprechen kann. Erst wenn andere Umstände hinzutreten, die ein weitergehendes Weisungsrecht des Herstellers mit sich bringen, kann von einem integrierten Eigenhändler gesprochen werden.

a) Die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Grundsätze

Bei der Auffindung dieser Umstände könnte man an die Übernahme der von der Steuerrechtsprechung zu § 3 UStG gefundenen Kriterien denken. Für die Entscheidung, ob ein Händler als Umsatzhändler mit dem vollen Verkaufserlös oder als Vermittler mit den für die Verkäufe gewährten Provisionen zur Umsatzsteuer heranzuziehen ist, wird in der Steuerrechtsprechung ¹⁾ auf das Auftreten des Händlers nach außen abgestellt. Da im Steuerrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Lebensverhältnisse durch § 1 StAnpG geboten ist ²⁾, erscheint dieses Merkmal auch hier anwendbar. Jedoch dient das Steuerrecht in erster Linie fiskalischen Zwecken, weshalb der Steuergesetzgeber nicht gehalten ist, an die privatrechtliche Ordnung anzuknüpfen ³⁾. Die aus Gründen der Rechtssicherheit und Beweisführungserleichterung bedingte Ansicht der Steuerrechtsprechung ist auf das mehr von der Einzelfallgerechtigkeit bestimmte Privat- und Wirtschaftsrecht nicht ohne weiteres übertragbar ⁴⁾.

b) Die Bedeutung des Rechtsscheinsgrundsatzes

Für die Klassifizierung eines Vertragshändlers als kooperativen oder integrierten Eigenhändler ist das Auftreten gegenüber Dritten nicht ausschlaggebend; maßgebliches Unterscheidungsmerkmal ist die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zum Hersteller. Im Handels- und Wirtschaftsrecht kommt es deswegen auf das Verhältnis zwischen Hersteller und Absatzmittler an, weil gerade die in dieser Beziehung eingegangene Bindung über Selbständigkeit und Abhängigkeit entscheidet.

1) S. RFH JW 1936, 1710; BFH BB 52, 1010

2) Vgl. Krause, Steuerrecht S. 63

3) So BVerfGE 13, 339; BFHE 77, 369

4) Vgl. dazu auch Rittner a.a.O. S. 144; RFH RStBl 1936, 190

Daß nicht das Verhältnis gegenüber Dritten bestimmend sein kann, ergibt sich auch aus § 92 b HGB, wonach gerade auch der Inhaber eigener Handelsgeschäfte nebenberuflich Handelsvertreterdienste gegenüber einem bestimmten Hersteller leisten kann. So ist es durchaus möglich, daß derselbe Händler gegenüber dem einen Hersteller kooperativer und gegenüber einem anderen Produzenten integrierter Eigenhändler ist ¹⁾.

Die funktionelle Stellung im Vertriebsweg des Herstellers folgt allein aus dem konkreten Händlervertrag. Rechtsscheinsgrundsätze sind im Rahmen des auf die wirtschaftliche Wirklichkeit aufbauenden Wirtschaftsrechts ohne Bedeutung ²⁾.

Im Privatrecht, auch im Handelsrecht, hat das Rechtsscheinsprinzip nicht die Kraft, das Innenverhältnis umzugestalten ³⁾.

Der Eindruck, den ein Dritter von dem Auftreten des Eigenhändlers hat, kann daher nicht über dessen Stellung im Vertriebssystem des Herstellers entscheiden ⁴⁾. Darum ist auch der

Franchisesystem-Händler ⁵⁾ i.d.R. ein kooperativer Eigenhändler. Vom Franchisesystem spricht man dann, wenn ein Hersteller oder Großhändler einem rechtlich selbständigen und auf eigenes Risiko arbeitenden Einzelhändler seinen Goodwill in der Form seines Firmenzeichens, Warenzeichens und der Ladenausstattung derart zur Verfügung stellt, daß der Händler als eine Art auf eigene Rechnung arbeitender Filial- oder Verkaufsstellenleiter erscheint. Da dem Franchisegeber ein Weisungsrecht nur bezüglich der Werbung und des äußerlichen Verkaufsvorgangs zukommt, liegt hier in Bezug auf den gesamten Absatzvorgang keine derartige Abhängigkeit vom Hersteller vor, daß man den Eigenhändler als einen unselbständigen Eigen-

1) A.A. wohl Ewald, Gutachten S. 9

2) A.A. aber Zeitler, WuW 59, 635

3) Darum mußte bei der mangelhaften Gesellschaft für die Entwicklung des Innenverhältnisses das Institut der faktischen Gesellschaft entwickelt werden. Vgl. Hueck Recht der OHG S50

4) Vgl. das treffende Beispiel bei v. Brunn, Händlerverträge S. 41

5) Zu dieser Absatzform vgl. Kröger, Verbund durch Warenzeichen, MA 1963, 496

händler betrachten müßte.

c) Die rechtliche Qualifizierung des Eigenhändlervertrages

Wenn also das Verhältnis zwischen Eigenhändler und Hersteller allein ausschlaggebend ist, dann ist der Händlervertrag Ausgangspunkt für die vorzunehmende Unterscheidung. Im Privatrecht können immer wieder drei Grundvertragstypen festgestellt und unterschieden werden, auf die alle Verträge zurückführbar sind: Der Interessenaustausch-, der Interessenwahrnehmungs- und der Interessenverbindungsvertrag ¹⁾. Eine Interessenverbindung liegt dem Verhältnis von Eigenhändler und Hersteller nicht zugrunde ²⁾, da es an einer gemeinsamen Zweckverfolgung i. S. des § 705 BGB fehlt und weder Gewinn noch Verlust gemeinschaftlich getragen werden. Da der integrierte Eigenhändler auch im Interesse und zum geschäftlichen Vorteil des Produzenten seine Tätigkeit ausübt, die sich gerade auf diesen auswirkt ³⁾, liegt zwischen dem integrierten Eigenhändler und dem Fabrikanten ein Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. des Interessenwahrnehmungsverhältnisses vor. Rittner ⁴⁾ will es von dem Vorliegen eines solchen Verhältnisses abhängig machen, ob der Eigenhändler nun der herstellereigenen Absatzorganisation angehört und darum Hilfgewerbetreibender ist, oder ob er wie jeder andere Umsatzhändler als wirtschaftlich selbständiger Händler zu gelten habe.

Wenn es auch richtig ist, daß der integrierte Eigenhändler aufgrund des weitgehenden Weisungsrechts des Herstellers eher im Interessenwahrnehmungsverhältnis zum Hersteller steht, und der kooperative Eigenhändler in erster Linie im Verhältnis des Interessengegensatzes zum Fabrikanten steht, so kann man nicht sagen, daß der auf Dauer geschlossene Händlervertrag für einen kooperativen Eigenhändler keine Pflicht zur Interessenwahrnehmung mit sich bringe.

1) S. dazu Beyerle S. 46; Würdinger, Gesellschaften I S. 9

2) Vgl. dazu weiter unten S. 91

3) Zur Bedeutung dieses Merkmals für den Tatbestand der Geschäftsbesorgung vgl. Isele, Geschäftsbesorgung S. 38 ff., 65 ff

4) Rittner a.a.O. S. 112 ff., 155 ff.; DB 57, 1091

Das auf Dauer berechnete Lieferverhältnis begründet ein besonderes Vertrauensverhältnis, das ein beiderseitiges Zusammenwirken erfordert. Dies gilt besonders in der modernen Absatzwirtschaft, wo Produzent und Händler nicht im Verhältnis des Nebeneinander und Nacheinander, sondern infolge des Trends vom Wettbewerb auf den einzelnen Handelsstufen zum Wettbewerb der Produkte verschiedener Markenhersteller auf der Letztverbraucherstufe (Produktwettbewerb) im Verhältnis des Mit- und Ineinander stehen, um Marktnachfrage zu wecken und festzustellen ¹⁾ und die Ware im bestmöglichen Zustand an den Verbraucher weiterzugeben ²⁾. Noch deutlicher wird die Pflicht zur Interessenwahrnehmung, wenn ein Alleinvertriebsvertrag für ein bestimmtes Gebiet abgeschlossen ist. Insofern enthalten die modernen Händlerverträge mit selbständigen Umsatzhändlern auch Bestandteile des Geschäftsbesorgungsvertrages, da jede selbständige Wahrnehmung einer fremden ³⁾ Angelegenheit Geschäftsbesorgung ist. Zudem lassen sich der Interessengegensatz- und der Interessenwahrnehmungstatbestand nicht streng trennen, sondern sie fließen vielfach ineinander über ⁴⁾. Es kann also nicht allein der Geschäftsbesorgung, sondern es muß der Grad der Interessenwahrnehmungspflicht über die für die Unterscheidung zwischen integrierten und kooperativen Eigenhändler maßgebliche Grenze entscheiden. Der Verflechtungsgrad zwischen beiden läßt sich aber nur aus der durch den konkreten Händlervertrag geschaffenen Stellung des Händlers im Absatzsystem feststellen.

d) Die Unterscheidung von Händler und Handelsvertreter

Die Kommission der EWG hat in einer Ankündigung darüber, wie sie Art. 85 Abs. I EWGV auf die Alleinvertriebs- und Patentlizenzabkommen anzuwenden beabsichtige ⁵⁾, ausdrücklich

1) S. dazu Schäfer, ZfHf 1963, 537 ff.

2) Vgl. v. Brunn, Händlerverträge S. 66

3) Der Umstand, daß ein Geschäft teils ein eigenes, teils ein fremdes ist, daß also der Händler neben der Wahrnehmung der Herstellerinteressen auch eigene Interessen verfolgt, steht nicht entgegen. Vgl. BGH NJW 63, 2068

4) So auch Würdinger a.a.O. S. 12

5) ABLEG 1962, 2627 ff.

Handelsvertreter aus dem Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. I EWGV ausgenommen, während sie Eigenhändler grundsätzlich unter Art. 85 Abs. I EWGV fallen läßt. Die Unterscheidung zwischen Handelsvertreter und Händler sucht die Kommission zu Recht nicht in der Bezeichnung, die die Parteien für ihr Vertragsverhältnis wählen, sondern in der vertraglichen Regelung der finanziellen Risiken, die sich aus dem Absatz und der Absatzentwicklung ergeben. Wenn der Absatzmittler weitgehende Risiken übernehme, so sei er funktionell und wirtschaftlich Händler und als solcher wettbewerbsrechtlich zu behandeln. Als Anzeichen dafür, daß ein Absatzmittler Händler ist, sieht die Kommission ¹⁾ folgende Merkmale an:

- 1) daß er ein Lager mit in seinem Eigentum stehenden Vertragswaren in erheblichem Umfang unterhalten muß oder unterhält,
- 2) oder daß er erheblichen unentgeltlichen Service auf eigene Rechnung einrichten und unterhalten muß oder dieses faktisch tut,
- 3) oder daß er Preise und Geschäftsbedingungen unabhängig bestimmen kann.

Da die EWG-Kommission die Abgrenzung wirtschaftlich und zwar in erster Linie nach der Regelung der finanziellen Risiken bestimmen will, stellen die angeführten Kriterien entgegen der Ansicht der Kommission keine unwiderlegliche Vermutung für das Vorliegen eines Händlers dar, sondern sind lediglich Indiz dafür. Darum handelt es sich nicht notwendig um einen kooperativen Eigenhändler, wenn eines oder mehrere der Merkmale beim Eigenhändler vorliegen.

aa) Die Eigentumsverhältnisse an der Ware

Nun scheint aber gerade in der Übernahme von Waren zu Eigentum zugleich auch die Übernahme des gesamten Absatzrisikos

1) ABIEG 1962, 2921

durch den Eigenhändler zu liegen, da es sein eigenes wirtschaftliches Interesse ist, die von ihm erworbenen Waren abzusetzen. Wer Eigentümer der Handelsware ist, der trägt auch das Risiko, und muß, um dieses Risiko zu meistern, wirtschaftlich unabhängig sein in seinem Planen und Handeln und darf hierin nicht durch Rücksicht auf fremde wirtschaftliche Interessen behindert sein ¹⁾. Allein die formell-rechtliche Stellung als Eigentümer kann aber nicht entscheidend sein. Obwohl z.B. bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsnehmer "formellrechtlich" voller Eigentümer wird, bleibt der Sicherungsgeber "materiellrechtlich" und wirtschaftlich Berechtigter, so daß im Konkurs des Sicherungsnehmers (Treuhänder) der Sicherungsgeber (Treugeber) ein Aussonderungsrecht hat ²⁾, ihm im Konkurs des Sicherungsgebers dem Sicherungsnehmer aber nur ein Absonderungsrecht zusteht ³⁾. Dem Sicherungsnehmer wird mehr an Rechtsmacht übertragen als nach dem wirtschaftlichen Zweck des zu sichernden Grundverhältnisses zwischen den Parteien erforderlich ist; der Sicherungsnehmer kann nach der schuldrechtlichen Abrede den Wert des Treuguts nur insoweit beanspruchen, als seine gesicherte Forderung geht. Es gehört nur das zur Sollmasse nach § 1 Abs. I KO, was dinglich-rechtlich und auch wirtschaftlich zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Eine gesetzliche Wertung im ähnlichen Sinne findet sich in § 392 Abs. II HGB, wonach der Kommissionär an Forderungen, die er auf Rechnung des Kommittenten gegen Dritte erworben hat, nur ein formelles, prokuratorisches Gläubigerrecht erlangt; materiell sind diese Forderungen als dem Kommittenten gehörig anzusehen und werden deshalb in den Konkurs des Kommissionärs nicht einbezogen. Die Wertung des § 392 Abs. II HGB ist auf ähnliche

1) So besonders Biedenkopf a.a.O. S. 207. Wohl auch Nipperdey, Handelsvertreter und Händler, S. 221

2) S. BGH WM 64, 179; Böhle-Stamschröder § 43 KO, Anm. 9

3) S. BGH LM § 127 KO Nr. 1; Böhle-Stamschröder § 43, Anm. 9

Vermittlerverhältnisse analog anwendbar ¹⁾. Da diese Vorschrift auf dem Surrogationsgedanken und damit letztlich auf Billigkeitsgründen beruht, ist vom Normzweck und der Interessenlage eine entsprechende Ausdehnung des § 392 Abs. II HGB auf Handelsware geboten ²⁾. Dem stehen Bedenken aus dem Publizitätsprinzip, insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Verkehrs- und Kreditsicherheit, nicht entgegen ³⁾, da der Offenkundigkeitsgrundsatz im heutigen Kreditverkehr nicht mehr eine solche Rolle spielt ⁴⁾, daß ein dringendes Bedürfnis nach Sicherung des Auftraggebers dahinter zurückstehen müßte.

Die formellrechtliche Eigentümergebung allein kann also nicht darüber Aufschluß geben, wer endgültig das Risiko für den Absatz der Handelsware trägt. So kann einerseits der Eigenhändler, der noch nicht Eigentümer der Ware geworden ist, durchaus als wirtschaftlich selbständiger Händler angesehen werden. Dies macht der Fall des Eigentumsvorbehaltskaufs deutlich. Denn einmal erwirbt der Eigenhändler mit dem Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Vollrechts eine rechtlich eigentümergebnliche und wirtschaftlich so geachtete Stellung ⁵⁾. Verkauft der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht weiter, und übergibt er damit wirtschaftlich gesehen die Ware in einen anderen Gefahrenbereich, so handelt er als Berechtigter und man wird ihm auch die Freiheit und damit das Risiko der Weiterveräußerung trotz fehlenden Eigentums auferlegen müssen. Ebenso ist es in dem häufigen Fall des Handelsvorbehaltskaufes, in dem dem Eigenhändler die Eigentumsübertragung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren

1) Vgl. Schmidt-Rimpler, Ehrenberg V Bd. 2S. 611; Hartmann, Kommissionsrecht S. 31 ff.; a.A. aber RGZ 58, 277; 84, 216; Ratz in RGRK-HGB § 392 Anm. 3

2) So auch Schmidt-Rimpler, Ehrenberg V Bd. S. 937 ff.; Regelsberger Ihering 44, 420; Bruns, Besitzerwerb und Interessenvertreter S. 7

3) So aber Siebert, Treuhandverhältnis S. 194 f., 237 f. Gierke, Handelsrecht S. 706

4) Zu der nur noch geringen Bedeutung des Publizitätsprinzips im geltenden Recht vgl. Rühl, Eigentumsvorbehalt S. 26

5) Vgl. statt vieler Kuhn in RGRK-BGB § 455 Anm. 17

nach § 185 BGB gestattet ist. Wenn dieser dementsprechend verfügt, dann wird man auch in diesem Falle das eigene wirtschaftliche Interesse am Absatz der Waren nicht wegen fehlenden Eigentums verneinen können.

Andererseits braucht ein Eigenhändler, der die Waren zu Eigentum übernimmt, nicht als wirtschaftlich selbständiger Händler angesehen werden. Dies kann am Beispiel der mit einem Rack-Jobber ¹⁾ zusammenarbeitenden Eigenhändler verdeutlicht werden. Der Rack-Jobber versorgt Supermärkte, aber auch andere Einzelhandelsunternehmen mit einem Zusatzsortiment (z.B. Haushaltswaren). Während er ursprünglich Regalflächen im Laden des Einzelhändlers mietete, und diese durch Verkaufsfahrer mit Waren besetzte, wofür der Einzelhändler eine Umsatzprovision bezog, wird heute die Ware vom Einzelhändler zu Eigentum übernommen und grundsätzlich auch bezahlt. Jedoch werden weiterhin die zur Verfügung gestellten Regale im kurzfristigen Turnus durch den Rack-Jobber aufgefüllt, wobei unverkaufte oder zu langsam umgeschlagene Waren ins Auslieferungslager zurückgenommen werden. Diese Rücknahme ist dem Einzelhändler zugesichert. Der Rack-Jobber erfüllt hier die wesentlichen Absatzleistungen und trägt das endgültige Absatzrisiko. Obwohl der Einzelhändler hier das Eigentum an der Ware erwirbt, kann man ihn in Bezug auf die vom Rack-Jobber gelieferten Waren nicht als wirtschaftlich selbständigen Händler bezeichnen, da das Absatzrisiko nicht ihn, sondern den Rack-Jobber trifft. In ihrem Verhältnis zueinander ist der Einzelhändler nur Absatzhelfer und Hilfsgewerbetreibender. Ähnlich liegt es in den sog. Anschlußkundensystemen ²⁾, in denen die Warenhauskonzerne einzelnen Einzelhändlern die Leistungen ihrer Verkaufsabteilungen zur Verfügung stellen. Die betreffenden Einzelhändler erhalten die gesamten Verkaufsrichtlinien, die der Waren-

1) Zu dieser modernen aus den USA stammenden Vertriebsform vgl. Batzer-Laumer, Vertriebswege S. 92 ff.

2) Vgl. dazu Kohlmann, Der Zentraleinkauf in Warenhausfilialbetrieben und seine Problematik, Diss. München 1955 S. 29

hauskonzern an die Filialen gibt, und zahlen dafür eine von ihrem Umsatz abhängige Provision. Nicht umgeschlagene Waren werden vom Konzern in das Zentrallager zurückgenommen.

bb) Die Übernahme eines erheblichen eigenen Service

Auch die Übernahme eines erheblichen unentgeltlichen Service auf eigene Rechnung erscheint nicht als geeignetes Unterscheidungskriterium. Installationen, technische Unterweisung und Überwachung, Reparaturen und sonstige Leistungen, die man zusammenfassend Kundendienst oder "after-sale-service" nennt, sind Dienstleistungen, die erst nach dem Verkauf an den Verbraucher erbracht und von dem Verkaufserlös finanziert werden. Durch den preisgebundenen Markenartikel, der gerade in Händlerverträgen mit Kundenschutzklauseln die entscheidende Rolle spielt, ist aber jeder Eigenhändler gehindert, frei über die Gestaltung und den Umfang des Kundendienstes zu entscheiden. Der Hersteller bestimmt die Preisspanne und zwingt damit den Handel, die höhere Kosten verursachenden verbesserten und vermehrten Serviceleistungen der für alle Händler geltenden Einheitsspanne anzupassen. Große Differenzierungen im Service sind bei vertikaler Preisbindung unmöglich ¹⁾. Wenn aber schon dem kooperativen Eigenhändler praktisch die Möglichkeit zum Erbringen von erheblichen Serviceleistungen auf eigene Rechnung fehlt, so kann dieser Gesichtspunkt nicht als Kriterium für seine Abgrenzung zum integrierten Eigenhändler, der diese Möglichkeit ja per definitionem nicht haben soll, herangezogen werden.

Außerdem handelt es sich nicht um eine Absatzleistung, die notwendig Bestandteil des Verkaufsgeschäftes ist. Wenn der Service auch von mehr oder weniger großem Einfluß auf den Kaufentschluß eines Kunden sein kann, so ist er dennoch eine dem Absatz nachfolgende, von diesem getrennte Dienstleistung gegenüber

1) Darum ist das Argument (vgl. statt vieler Mellerowicz, Markenartikel S. 97), daß der Händler bei Preisbindung nicht gehindert ist, mit anderen Mitteln als dem Preis zu konkurrieren, nur sehr eingeschränkt richtig.

einem mit dem Eigenhändler in geschäftlichen Beziehungen stehenden Kunden, den er durch diese nachfolgenden Leistungen an sich binden will. In diesem Rahmen kann ein Eigenhändler selbst für die Waren, für die er als integrierter Eigenhändler den Absatz vermittelt, Serviceleistungen übernehmen. Das alleinige Abstellen auf das Erbringen von Kundendienst auf eigene Rechnung erscheint dem Umstand nicht gerecht zu werden, daß ein Eigenhändler zugleich als integrierter und als kooperativer Händler auftreten kann.

cc) Die selbständige Bestimmung von Preisen und Geschäftsbedingungen

Auch das letzte Unterscheidungskriterium der EWG-Kommission läßt sich nicht erfolversprechend für die Abgrenzung von integriertem und kooperativem Eigenhändler heranziehen. Zwar läßt sich bei der Bindung des Eigenhändlers an Preis- und Geschäftsbedingungen durch den Hersteller eine Funktionsverlagerung vom Handel auf den Erzeuger feststellen. Jedoch läßt sich nicht sagen, daß die Abhängigkeit im Aushandeln von Preisen und Geschäftsbedingungen für künftige Verkaufsgeschäfte mit Dritten die wirtschaftliche Unselbständigkeit im gesamten Absatzgeschäft bedingt.

Von dieser Auffassung geht auch stillschweigend die h. M. ¹⁾ in der Kommentierung zu den §§ 15 ff. GWB aus, wenn sie wirtschaftlich unselbständige Absatzmittler wie Handelsvertreter und Kommissionagenten vom generellen Verbot der Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen ausnimmt, Einzel- und Großhändler aber darunter fallen läßt.

Eine Bestätigung für diese Auffassung findet sich einmal in der in einigen Branchen üblichen Praxis, die Preis- und Konditionenfestsetzung an ein fachlich oder regional gegliedertes Kartell zu übertragen. Die Bindung an derartige Kartellbeschlüsse,

1) Vgl. die amtliche Begründung zu § 10 RE (= § 15 GWB) Ziff. 4, abgedruckt in BT-Drucksache II Nr. 1158. Ebenso Schwartz in GK § 15 Anm. 12 ff. m. w. N. ; BKA in Tätigkeitsbericht 1964 S. 15

deren Zulässigkeit sich nach § 2 GWB regelt, macht aber die Einzelunternehmen wirtschaftlich nicht unselbständig. Weiter ist zur Stützung der hier vertretenen Auffassung die Rechtsprechung zu solchen Kreditsicherungsverträgen heranzuziehen, in denen der Waren- oder Geldkreditgeber zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners diesem einen hohen Sanierungskredit gewährt, für dessen Sicherung ihm aber Aufsichts- und Überwachungsrechte über den Weiterverkauf des zur Sicherheit übertragenen Warenlagers eingeräumt werden. Die Banken und besonders die Warenlieferanten pflegen in diesen Fällen dem Schuldner aufzugeben, künftige Absatzgeschäfte zum Zwecke der besseren Überwachung nur unter von ihnen bestimmten Geschäftsbedingungen abzuschließen. Ein solcher Kreditvertrag, in dem sich der Kreditgeber in der Weise sichert, daß er irgendwie auf die Geschäftsführung des Schuldners Einfluß gewinnt, bewirkt damit noch nicht ohne weiteres eine übermäßige zeitliche und gegenständliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit¹⁾. Ein nach § 138 BGB nichtiger Knebelungsvertrag liegt erst dann vor, wenn der Schuldner derartigen Bindungen unterworfen wird, daß er zugunsten des Gläubigers seiner wirtschaftlichen Freiheit ganz oder doch in übermäßig harter und drückender Weise beraubt wird, und nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger als wahrer Geschäftsinhaber anzusehen ist²⁾. Eine solche Verschiebung der Inhaberschaft eines Unternehmens ist aber nicht allein in der Bindung der Preise und Geschäftsbedingungen für Geschäfte mit Dritten zu sehen; erst das Hinzutreten weiterer Umstände wie etwa das Abfließen des gesamten geschäftlichen Gewinns entzieht dem Schuldner derart seine wirtschaftliche Freiheit, daß der Sicherungsvertrag sittenwidrig wird³⁾

1) Vgl. RG LZ 1922, 227; Godin in RGRK-HGB § 346 Anm. 46; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 180 V 1; Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S. 41

2) Ähnlich RGZ 136, 253; Staudinger-Coing § 138 Anm. 18

3) Vgl. dazu BGHZ 14, 114; Scholz, Kreditsicherung S. 256 ff.

Praktisch treten heute nahezu in allen Händlerverträgen Bindungen der Geschäftsbedingungen durch den Hersteller bezüglich der Gewährleistungs- und Garantierechte auf. Der scharfe Wettbewerb auf der Händlerstufe hat die Händler oft dazu verleitet, ihren Abnehmern weitergehende Ansprüche zu gewähren, als ihnen selbst durch den Hersteller eingeräumt sind. Die Erfüllbarkeit solcher Ansprüche geht aber oft über die technische und finanzielle Kraft des Händlers hinaus ¹⁾ und gefährdet dann den Ruf der Waren des Herstellers. In diesen Fällen, die gerade bei hochwertigen, komplizierten Serienmodellen häufig sind, ist der Händler aus dem Vertrauensverhältnis gegenüber seinem Dauerlieferanten wie aus Gründen des lautereren Wettbewerbs gehalten, keine umfangreicheren Gewährleistungsansprüche einzuräumen, als sie ihm selbst vom Hersteller zugebilligt werden ²⁾. Um dies zu garantieren, regeln Hersteller und Händler schon in ihrem Rahmenvertrag die Geschäftsbedingungen des späteren Absatzgeschäftes des Händlers mit seinen Kunden.

Auf dem Gebiet der Reparatur fehlt dem Händler oft auch die Preisfestsetzungsbefugnis. Sowohl die aufgewendeten Löhne als auch die Kosten für die Ersatzteile werden nach vorher vereinbarten Sätzen dem Händler erstattet. Diese vom Hersteller im eigenen Interesse gewährte Rückendeckung verlangt, daß der Händler die festgesetzten Preise gegenüber den Kunden nicht überschreiten darf.

e) Die Abgrenzung anhand der Verteilung der Handelsfunktionen- und -risiken

Da die bisher untersuchten Abgrenzungskriterien nicht für die hier gestellte Aufgabe brauchbar sind, soll versucht werden, einen Lösungsweg anhand der Verteilung der Handelsfunktionen

1) Hierin kann eine nach § 3 UWG verbotene falsche Angabe über geschäftliche Verhältnisse liegen. Vgl. Baumbach-Hefermehl § 3 UWG Anm. 64

2) Vgl. auch v. Brunn, Zum Recht des Eigenhändlers S. 344

und Handelsrisiken zwischen Produzent und Eigenhändler zu finden¹⁾²⁾. Wenn alle Funktionen vom Händler getragen werden, dann liegt ein wirtschaftlich selbständiges Handelsunternehmen vor³⁾. Diese Funktionen und diese sich daraus ergebenden Risiken müssen aber nicht notwendig vom Handel als Institution getragen werden, sondern ein Erzeuger kann sie und muß, wenn er den Handel ausschaltet, sie insgesamt übernehmen und die Verbindung zum Verbraucher selbst herstellen. Ein solcher Direktvertrieb liegt dann vor, wenn ein Produzent unmittelbar an den letzten Verbraucher unter Ausschaltung aller selbständigen absatzwirtschaftlichen Organe liefert. Die vom Handel immer wieder geforderten Maßnahmen gegen den Direktvertrieb als unerwünschte Herstellerkonkurrenz sind weitgehend durch rechtliche Vorschriften begrenzt. Zum Wesen der auf Vertragsfreiheit beruhenden freien Marktwirtschaft gehört die Freiheit des Wirtschaftenden, den Absatzweg selbst zu bestimmen und nach eigenem Ermessen den Handel einzuschalten. Der Vertrieb über den Handel mag eine betriebs- und volkswirtschaftlich zweckmäßige Gestaltungsform der Absatzorganisation sein, jedoch enthält er kein rechtliches Ordnungsprinzip in dem Sinne, daß den Hersteller die Pflicht trifft, nur produktionstechnische Funktionen auszuüben und dem Handel den Absatz zu überlassen. Es gibt keine zementierten Absatzwege^{4) 5)}.

-
- 1) Ansatzpunkte für eine solche Unterscheidung finden sich in der o.a. Ankündigung der EWG-Kommission ABLEG 1962, 2627 ff.; bei Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen S. 112 ff. u. bei Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung S. 198
 - 2) Zum Begriff des Direktvertriebes vgl. Gutenberg II S. 155 ff.; Schäfer, Absatzwirtschaft S. 85 ff.
 - 3) Vgl. dazu das zwischen dem Reichsstand der Industrie und der Wirtschaftsgruppe Groß- und Außenhandel 1934 abgeschlossene sog. Funktionsabkommen (abgedruckt bei v. Sellner, Der Großhandel S. 33 ff.), worin eine Arbeitsteilung unter Industrie- und Handelsunternehmen zum Zwecke der Wahrung der Selbständigkeit aufgrund einer 9 Punkte umfassenden Funktionsliste versucht wird.
 - 4) So auch BGHZ 28, 59; Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 145 ff.
 - 5) Ausnahmen bestehen nur auf Sondergebieten, z.B. bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln (§ 28 Arzneimittelgesetz) und im Buchhandel.

Die Übernahme aller Handelsfunktionen und -risiken (direkter Absatz) kann aber für den Produzenten ungünstig sein, sei es, weil die Ausübung der Handelsfunktionen besondere Kenntnisse und Einrichtungen erfordert ¹⁾, sei es, weil eine schnellere Anpassungsmöglichkeit an veränderte Verbrauchergewohnheiten dadurch verloren gehen ²⁾, oder steuerliche Gründe dies nahelegen. Ebenso ungünstig kann es aber sein, alle Funktionen in die Hand selbständiger Händler (indirekter Absatz) zu legen und sich damit jeglicher Steuerung des Absatzes seiner Waren zu berauben. Aus dieser Zwangslage heraus wählt der Erzeuger oft eine Zwischenform, indem er einen Teil der Handelsfunktionen und der damit verbundenen Handelsrisiken selbst in der Hand behält, einen Teil aber ausgliedert und auf Eigenhändler überträgt. Die Aufteilung der Funktionen unter Hersteller und Eigenhändler ist in den verschiedensten Abstufungen möglich. Wieviele und welche Funktionen und Risiken von einem Eigenhändler wahrgenommen werden müssen, um ihn als wirtschaftlich selbständigen oder kooperativen Absatzmittler anzusetzen, wird von einer Wertung der Bedeutung der einzelnen Funktionen und Risiken für das gesamte Absatzgeschäft abhängen.

aa) Die Handelsfunktionen und das Handelsrisiko

Zuvor sollen jedoch die einzelnen Handelsfunktionen und Handelsrisiken kurz dargestellt werden. Das Bindeglied zwischen Produktion und Konsumtion, das den Güterfluß in Richtung auf den Konsumenten ermöglicht, ist der Handel ³⁾. Er ist die Verbindung zwischen dem Waren herstellenden Unternehmer, der der Ware nicht bedarf, und dem Verbraucher oder Verwender, der sie für seine speziellen Zwecke zu verwenden wünscht. Der Handel ist also jene

1) Aus diesen Gründen lehnt z.B. die Verbrauchsgüterindustrie einen stärkeren Ausbau des herstellereigenen Vertriebsapparates ab. Vgl. Nieschlag, Binnenhandel S. 466 f.

2) Hierzu besonders Kessler-Stern, 69 The Yale Law Journal S. 5

3) In diesen Worten ist Handel als Funktion aufgefaßt, nicht als Institution.

wirtschaftliche Tätigkeit, die den Austausch von Gütern zwischen Wirtschaftsgliedern, letzten Endes zwischen Erzeuger und Verbraucher herbeiführt.

Aus dieser den Handel bestimmenden Urfunktion lassen sich insgesamt 10 Teilfunktionen ableiten ¹⁾, bei deren näherer Betrachtung die Vielgestaltigkeit der Handelsaufgabe und das ihr zukommende Gewicht erkennbar wird.

Wie jedes menschliche Handeln schließt auch die wirtschaftliche Tätigkeit ein Risiko in sich. Das Risiko als Möglichkeit des Auseinanderfallens von erwarteten und wirklich eingetretenen Wirtschaftserscheinungen ist ein Korrelat der Freiheit wirtschaftlicher Tätigkeit ²⁾. Das Risiko begleitet schlechthin jede wirtschaftliche Tätigkeit und damit sowohl jede unternehmenswirtschaftliche Handlung wie auch das wirtschaftende Unternehmen in seinem Bestand und in seinen Ausstrahlungen und stellt deshalb dessen Wert und dessen Erhaltung dauernd in Frage ³⁾. Daraus, daß jede wirtschaftliche Tätigkeit mit einem Wagnis belastet ist, folgt, daß die Übernahme einer bestimmten Funktion im Wirtschaftsverkehr zugleich die Übernahme eines dieser Funktion entsprechenden Risiko bedeutet. Dem entspricht es, daß ein ger Grundaufgabe des Handels, nämlich der Umsatzleistung, das umfassende Absatzrisiko und in den aus der Urfunktion erwachsenden und sie erklärenden Sekundärfunktionen ein jeweils diesen entsprechendes Teilrisiko liegt.

Aus der Hauptfunktion sind folgende Teilfunktionen und entsprechende Risiken ableitbar:

a1) Die Raumüberbrückung

Die historisch älteste Aufgabe des Handels ist es, die Güter von der Stelle ihrer Erzeugung zum Ort ihrer Verwendung

1) Seyffert, Wirtschaftslehre des Handels S. 8 ff., hat sich besonders um die Ableitung dieser Einzelfunktionen des Handels verdient gemacht. Seiner Darstellung soll im wesentlichen gefolgt werden.

2) Hildebrandt, Wirtschaftsfreiheit S. 57

3) Vgl. Weber, Allg. Volkswirtschaftslehre S. 318; Vollmar, Wesen des Risikos S. 177; Gutenberg II S. 56 ff.

zu transportieren (Transportaufgabe) ¹⁾.

Hinzu kommt noch, daß Erzeuger und Verwender zusammengeführt werden, so daß der Abschluß von Tauschgeschäften i. S. eines unjuristischen Umschlagsgeschäftes getätigt werden kann. Dem Handel obliegt das Suchen des Tauschgegners ²⁾.

Der Transportaufgabe entsprechen die Gefahren, die mit dem Bewegen der Waren verbunden sind, wie Beschädigung durch das Transportpersonal. Die Suche nach dem räumlich günstigsten Absatzmarkt und auf diesem Markt nach dem geeigneten Tauschpartner bringt für den Handel das Risiko mit sich, dieses Ziel zu verfehlen ³⁾.

b1) Die Vordisposition

Der Bedarf des Verwenders deckt sich i.d.R. zeitlich nicht mit der Erzeugung des Fabrikanten. Höhe des Bedarfs und die Höhe der Erzeugung müssen aber im Interesse des Herstellers an einer gleichbleibenden Kapazitätsausnutzung und einem gleichmäßigen Beschäftigungsgrad einander angeglichen werden. Der Handel, der rechtzeitige und ausreichende Bestellungen beim Produzenten abgibt und ein entsprechendes Lager unterhält, ermöglicht es dem Industrieunternehmen, gleichmäßige Warenmengen zu erzeugen, so daß saisonale Schwankungen des Bedarfs nicht ihren Niederschlag in einer Drosselung der Serienproduktion finden müssen ⁴⁾.

Der Versuch der Ausgleichung der zeitlichen Inkongruenz von Angebots- und Nachfragehöhe setzt den Händler der Gefahr aus, keine Deckung von Hersteller- und Verwender-interessen herbeiführen zu können, so daß ein Überhang in seinem Sortiment entsteht mit der Folge von Absatzschwierigkeiten ⁵⁾

1) S. Gutenberg II S. 157 ff.

2) Oberparleiter, Handelslehre S. 7

3) Oberparleiter a.a.O. S. 125 ff.

4) Vgl. Seyffert a.a.O. S. 9; Gutenberg II S. 164

5) Vgl. Oberparleiter a.a.O. S. 130 ff.; Schür, Betriebshandelslehre S. 182 f.

c1) Die Lagerung

Während die Vordisposition des Händlers die Nachteile, die dem Hersteller durch zeitliche Inkongruenz von Erzeugung und Bedarf drohen, mildert, verschafft die Lagerfunktion dem Verbraucher die Gewißheit, daß er jederzeit mit der gewünschten Warenart in der gewünschten Menge versorgt werden kann ¹⁾.

Wegen einer Lücke in der Lagerhaltung diesen Käuferwunsch nicht erfüllen zu können, kann die Gefahr der Abwanderung von Abnehmern heraufbeschworen werden. Eine zu große Lagerhaltung dagegen verursacht unverhältnismäßige Kosten, die nicht gedeckt werden können.

d1) Die Kreditgewährung

Für die Überbrückung der Zeit zwischen Güterumschlag und Zahlung spielt die Kreditfunktion des Handels sowohl für dessen Lieferanten wie für dessen Abnehmer eine wichtige Rolle. Es sind einmal der sog. Fakturenkredit, der sich auf einen bestimmten Warenkauf bezieht und somit für den Abnehmer des Händlers eine Stundung des Kaufpreises darstellt, und der sog. Finanzierungskredit zu unterscheiden, durch den dem Hersteller vom Händler für künftige Warenbezüge Vorschüsse gezahlt werden ²⁾. Abgesehen von der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Kreditnehmers hat der kreditgebende Handel das Risiko der Geldentwertung und Kreditverteuerung zu tragen. Es kann wegen fehlenden Warenkreditangebots der wirtschaftlich durch künftiges Einkommen gerechtfertigte Bedarf unbefriedigt bleiben, so daß der Güterumsatz gedrosselt wird ³⁾.

e1) Die Preisausgleichung

In dem Zeitraum von der Erzeugung der Ware bis deren Weitergabe an den Verbraucher unterliegen die Produkte einer mehr oder weniger großen Preisschwankung. Die Preisausgleichungsfunktion hilft

1) Vgl. Seyffert a.a.O. S. 9; Hoppmann, Binnenhandel S. 5

2) S. Oberparleiter a.a.O. S. 50 ff.

3) S. Oberparleiter a.a.O. S. 138 ff.; Schür a.a.O. S. 181 f.

hilft als Preisarbitrage Preisdifferenzen zu überbrücken, denn wenn der Handel einen bestimmten Preis für die Waren zahlt, die er vom Erzeuger ins Lager nimmt, so treffen die bis zum Zeitpunkt des Verkaufes an den Verbraucher auftretenden Preisschwankungen ihn und nicht den Erzeuger ¹⁾.

Die Übernahme der Ware zu einem bestimmten Preis stellt den Händler vor das Wagnis, die auf der Trennung von Beschaffung und Absatz beruhende Möglichkeit des Preissturzes zu tragen ²⁾.

f1) Die Sortimentierung

Der Handel trifft eine solche Auswahl aus den Produkten einer Branche, daß sich sein Sortiment dem Verbraucher in der benötigten Zusammensetzung zeigt. Da sich die Produzenten fabrikations-technisch spezialisiert haben, ist es für sie oft kostenmäßig nicht ratsam, ladenfüllende Sortimente herzustellen.

Dann bedient sich der Erzeuger des Handels, der bedarfsverwandte ³⁾ Sortimente bildet, so daß dem Fabrikanten die Last eines Vollsortiments genommen und dem Verbraucher eine ausreichende Auswahl geboten wird ⁴⁾. Diese Aufgabe rechtfertigt volkswirtschaftlich in besonderem Maße das Tätigwerden des institutionellen Handels ⁵⁾.

Dieser Funktion entspricht das Risiko, durch falsche Sortimentszusammenstellung die im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegende Eröffnung eines Marktes für bedarfsverwandte Güter zu verfehlen und damit die vom Abnehmer gewünschte Auswahl nicht bieten zu können.

g1) Die Interessenwahrung und Beratung

Der Händler als Bindeglied zwischen Erzeuger und Verbraucher ist zur Interessenwahrung und Beratung sowohl gegenüber dem Hersteller als auch gegenüber dem Verbraucher berufen.

1) Vgl. Seyffert a.a.O. S. 9; Gutenberg II S. 164

2) Schür S. 180; Gutenberg II S. 156 f.

3) Zu diesem Begriff s. Schäfer, Absatzwirtschaft S. 65 ff.

4) Vgl. ausführlich Gutenberg II S. 158 f., 163; Seyffert a.a.O. S. 10 f.

5) So auch Oppenheimer-Tiburtius, Gemeinschaftliche Gegensätze S.14

Ersteren hat er zu einer den Verbraucherwünschen entsprechenden Produktion zu lenken, jenen über die Wareneigenschaften aufzuklären und ihm bei der Auswahl zu helfen. Besonders bei Gegenständen, die der technischen Erklärung bedürfen oder deren Erwerb hohe Geldausgaben erfordert, verlangt die Verbraucherschaft eine zweckorientierte und uneigennützige Beratung. Der Händler ist über Produktion und Möglichkeiten des Herstellers informiert und kennt die Bedürfnisse des Marktes. Deshalb kann er am besten eine gegenseitige Anpassung herbeiführen ¹⁾.

Fehler und Nachlässigkeiten auf diesem Gebiet führen i. d. R. zum Verlust von Kunden sowohl auf der Abnehmer- wie auf der Lieferantenseite.

h1) Die Zusammenfassung von Aufträgen

In den Industriezweigen, in denen der Hersteller nur mit kleinen Bestellmengen der Verbraucher rechnen kann, beeinflußt der Zwang zur absatzorganisatorischen Erfüllung von Kleinaufträgen die Vertriebskosten ungünstig. Dadurch, daß der Händler die Aufträge sammelt und somit dem Produzenten einen Großauftrag erteilen kann, gleicht er die Mengenunterschiede von Angebot und Nachfrage aus und erleichtert den Gütertausch ²⁾.

Durch das Sammeln der Aufträge der Kleinabnehmer entsteht die Gefahr, daß der Produzent dem nun entstandenen Großauftrag nicht entsprechen kann. In diesem Fall kann der Händler seinen Vertrag mit dem Abnehmer nicht oder nur teilweise erfüllen ³⁾.

ii) Die Manipulierung der Ware

Durch Manipulation, wie Sortieren, Reinigen, Mischen, Umpacken und Veredeln erreicht der Handel oft eine bessere Eignung der Erzeugnisse der Industrie zum Verkauf ⁴⁾. Diese Aufbereitung der Waren wird nur noch in wenigen Wirtschaftssportarten durch den Handel

1) Vgl. Nieschlag, Binnenhandel S. 357; Gutenberg II S. 158

2) Hoppmann, Binnenhandel S. 6; Seyffert a.a.O. S. 10

3) Vgl. Schär a.a.O. S. 184; Oberparleiter S. 136

4) Ausführlich s. Gutenberg II S. 161; Seyffert a.a.O. S. 10
Hoppmann, Binnenhandel S. 7

betrieben, wenn sie auch durch das Aufkommen der Handelsmarken wieder an Bedeutung gewinnt.

Diese Manipulationen können aber zum Mißfallen der Verbraucher ausfallen und daher den Absatz hemmen ¹⁾.

k1) Die Markterschließung

Die Aufgaben der Absatzwirtschaft sind heute keineswegs mehr allein darin zu sehen, die Güter möglichst schnell und rationell zu verteilen, sondern es gilt, durch Weckung immer neuer Bedürfnisse Absatzmärkte zu schaffen. Der Handel ist Träger des Marketing ²⁾, indem er durch Werbung Produkte begehrt und damit verkäuflich macht.

Durch falsche Werbemaßnahmen und fehlerhaftes Marketing, das den Handel in falscher Richtung nach Absatzmöglichkeiten suchen läßt, entsteht die Möglichkeit, daß der riesige Aufwand an Geld und Zeit den bezweckten Erfolg, Bedarf zu wecken und zu lenken, nicht herbeiführt.

bb) Die unbedeutenden Funktionen und Risiken

Für das gesamte Absatzgeschäft und Absatzrisiko sind diese 10 Teilfunktionen und Teilrisiken von unterschiedlicher Bedeutung ³⁾. Ein Absatzmittler trägt nicht schon dann, wenn er eine oder mehrere der Teilfunktionen erfüllt, das eigentliche Risiko des Absatzes und ist damit wirtschaftlich selbständiger Eigenhändler; sondern Träger dieses zentralen Absatzrisikos, nämlich die Waren letztthin abzusetzen oder aber auf ihr "sitzenzubleiben" bzw. nicht den kostendeckenden Preis für sie zu erzielen, ist der Eigenhändler nur dann, wenn er die Teilfunktionen des Handels trägt, die sich auf das Ausgleichen saisonaler, konjunktureller und struktureller Absatzschwankungen beziehen.

1) Über den Einfluß des Aussehens einer Ware auf den Kaufentschluß s. Packard, The hidden Persuaders S. 201 ff.

2) Zu diesem Begriff vgl. Gross, Neue Ideen in der Wirtschaft S. 18 ff., 23 ff.

3) So grundsätzlich auch Gutenberg II S. 161 f.; Redlich, Schmollers Jahrbuch 1932 S. 29 ff.

Die Markterschließung, Raumüberbrückung und Beratung berühren für sich allein gesehen dieses Absatzrisiko noch nicht, da sie nicht besagen, daß ihr Träger die Nachteile des Nicht-Absetzen-Könnens endgültig auf sich zu nehmen hat. Wenn der Produzent Handelsvertreter, Kommissionäre, Kommissionsagenten oder Makler in sein Absatzsystem einschaltet, so werden auf diese die drei genannten Funktionen ¹⁾ übertragen, während die restlichen Handelsfunktionen beim Hersteller verbleiben. Wenn diese Absatzmittler ihre Tätigkeit auch im wesentlichen frei gestalten und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können, und wenn sie insoweit selbst das Risiko ihrer beruflichen Existenz tragen, so sind sie dennoch in dem gesamten Absatzvorgang vom Fabrikator bis hin zum Verbraucher nach der gesetzlichen Wertung des HGB Hilfsgewerbetreibende und damit der Absatzorganisation des von ihnen vertretenen Unternehmens integriert. Die Tätigkeit dieser Absatzmittler hat Rückwirkungen auf den Absatz des Herstellers, was einen zusätzlichen Risikofaktor zu dem verbleibenden zentralen Absatzrisiko darstellt. Dies macht es wirtschaftlich notwendig, daß der Produzent im gleichen Umfang wie ihn die Auswirkungen der Tätigkeit der hier genannten Absatzmittler treffen, Einfluß auf die Gestaltung ihrer Tätigkeit haben muß. Sonst wäre eine vernünftige und erfolgreiche Koordination der Absatzleistungen nicht gewährleistet. Darum ist es nur folgerichtig, wenn Handelsvertreter und Kommissionär bei ihren Verkaufsbemühungen gesetzlich (§§ 86 Abs. II, 384 Abs. I HGB) verpflichtet sind, den Weisungen des Herstellers nachzukommen und dessen Interessen zu wahren. Sie haben auch dann den Interessen ihres Geschäftsherrn den Vorrang zu geben, wenn dabei zugleich ihr eigenes Interesse zurücktreten muß ²⁾. Dem entspricht es, daß die wirtschaftswissenschaftliche Theorie ³⁾ diese Absatzhelfer

1) Von der Raumüberbrückungsfunktion fällt diesen Absatzmittlern zumindest das Ausfindigmachen des konkreten Tauschpartners zu. Der Transport der Ware spielt in Bezug auf das Absatzrisiko keine Rolle.

2) Vgl. Würdinger in RGRK-HGB § 86 Anm. 1; Schmidt-Rimpler Ehrenberg V S. 81

3) Hellauer a.a.O. S. 84 ff.; Seyffert a.a.O. S. 53 ff. 64 ff.

den Händlern gegenüberstellt und sie zum direkten Absatzsystem des Herstellers zählt, während die Händler zum indirekten Absatzsystem gerechnet werden.

Die drei genannten Funktionen spielen heute keine große Rolle mehr für den Zwischenhandel, gleichgültig welchen Eigenhändler-typ der Hersteller in sein Absatzsystem einbaut. In der modernen Markenartikelindustrie, und nur hier haben die Vertragshändler Bedeutung, sind sie auf das Herstellerunternehmen übertragen. Durch die intensive und mannigfaltige Herstellerwerbung erscheint die Ware als "vorverkauft", bevor der Verbraucher den Laden des Händlers betritt, und es wird ihm ein Kundenverhältnis Hersteller-Verbraucher suggeriert. Dies kommt besonders darin zum Ausdruck, daß die Ware vom Zwischenhändler ungeöffnet in Originalfabrikpackungen dem Endverbraucher übergeben wird, wobei der Eindruck erweckt wird, daß die Ware nur in diesem Zustand einwandfrei sei. Falls der Inhalt aber nicht in Ordnung sein sollte, solle sich der Käufer unter Zusendung des in der Packung liegenden, eine Güte- oder Garantieerklärung enthaltenden Zettels direkt an den Hersteller wenden ¹⁾. Wenn aufgrund dieser Funktions- und Risikoverlagerung der Zwischenhändler vielfach ²⁾ nur als "verlängerter Arm" oder als Bestandteil der Verkaufsorganisation des Herstellers angesehen wird, so ist damit nichts über wirtschaftliche Selbständigkeit oder Abhängigkeit gesagt, sondern nur etwas über volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Rechtfertigung der dennoch unverändert hohen Handelsspanne des Eigenhändlers. Die Markterschließung, Raumüberbrückung und Beratung sind - für sich gesehen - ungeeignet für eine Abgrenzung von wirtschaftlich selbständigen und unselbständigen Eigenhändlern.

1) Hier liegt die rechtspolitische Rechtfertigung der sog. Produkthaftung offen zu Tage. Vgl. Müller AcP 165, 285 ff.

2) Vgl. Prethus, The organisational society S. 28 ff.; Zahn, Soziologie der Prosperität S. 99 f.; 140 ff.; Meyer Ordo 6. Bd. S. 162 ff.; Lenel, Konzentration S. 111 ff.; Röper, Preisbindung S. 90 ff.

Auch die Kreditfunktion spielt für die hier versuchte Abgrenzung keine entscheidende Rolle. Der gesamte Zwischenhandel ist weitgehend dazu übergegangen, die Kreditgewährung an Kreditgesellschaften zu übertragen ¹⁾. Da die Kreditfunktion nahezu in allen Handelsunternehmen nicht mehr getragen wird, scheidet sie praktisch als Unterscheidungsmerkmal aus. Aber selbst wenn sie vom Eigenhändler wahrgenommen wird, ist in ihrer Übernahme noch kein Anhaltspunkt für wirtschaftliche Selbständigkeit im Absatzgeschäft zu sehen, da der kreditgewährende Kommissionär nach § 393 Abs. I HGB zwar auf eigene Gefahr handelt, dennoch aber im Absatzvorgang weisungsgebundener Absatzmittler bleibt.

Auch die Lagerfunktion hat für die Abgrenzung keine Bedeutung. Sie spielt in dem Vertriebsvorgang vom Hersteller zum Verbraucher auch nur eine dienende Rolle, die die Entscheidung darüber, wer das Risiko des Verkaufenskönnens trägt, nicht berührt. Da nunmehr die Lagerung eigenständigen Lagerhäusern übertragen wird und das Streckengeschäft in vielen Branchen üblich ist, hat die Lagerfunktion für den gesamten Handel keine große Bedeutung mehr. Wenn aber der Händler die Lagerhauskosten tragen muß, dann ist in der Spannenberechnung des preisgebundenen Artikels dieser Unkostenpunkt besonders in Anschlag gebracht.

Ähnlich verhält es sich mit der Qualitätsfunktion. In der modernen Markenartikelwirtschaft ist sie für den Handel unwichtig geworden. Wenn auch mit Aufkommen der Handelsketten und damit der Handelsmarken diese Funktion nicht mehr allein dem Hersteller obliegt, so übt sie in diesen Fällen nicht der der Kette angeschlossene einzelne Händler aus, sondern die zentrale Verteilungsstelle, die gewöhnlich in Form einer Genossenschaft oder GmbH aufgebaut ist ²⁾.

1) Finanzierungshilfe unter Einschaltung von Kreditinstituten macht bei einigen hochwertigen Verbrauchsgütern mehr als 50% der Kaufgeschäfte aus.

2) Vgl. Geisbüsch, Nachfrage S. 89 ff.; Nester, Nachfragemacht S. 50 ff.

Der kettenangehörige Händler ist aber niemals integrierter Eigenhändler des Herstellers, sondern allenfalls ein solcher der als Gegengewicht gegen die Herstellermacht errichteten Handelsketten. Die Entscheidung darüber, ob der angeschlossene Händler kooperativer oder integrierter Eigenhändler ist, kann nur mit Hilfe der von ihm ausgeübten und getragenen Handelsfunktionen und -risiken festgestellt werden.

Die durch den Markenartikel hervorgerufenen Funktionseinbußen des Handels sind weitgehend durch die Sortimentsfunktion des Handels wettgemacht worden. Die Flut an Markenartikeln und die sich ausprägende Differenzierung in den Verbraucherwünschen nötigen den Händler dazu, immer mehr Artikel seiner Branche als auch fremder Branchen ins Sortiment aufzunehmen. Dies wird ihm dadurch erleichtert, daß er beim Vertrieb der meisten Markenartikel keine Sonderkenntnisse mehr besitzen muß. Dennoch ist die Sortimentsfunktion für die Abgrenzung der beiden Eigenhändlertypen nicht verwertbar, da der Eigenhändler selbst dann, wenn er von mehreren Herstellern Waren bezieht, bezüglich des Vertriebsvorgangs der Ware eines bestimmten Herstellers die Stellung eines integrierten Eigenhändlers haben kann. Integrierter Eigenhändler wird ein Händler immer nur in Bezug auf einen Warenhersteller sein, denn nur mit einem einzelnen kann er den Händlervertrag mit der weitgehenden Interessenwahrnehmungspflicht und Weisungsgebundenheit eingehen können.

cc) Die ausschlaggebenden Funktionen und Risiken

Die für die Klassifizierung eines Eigenhändlers entscheidenden Funktionen und Risiken sind die restlichen Funktionen, nämlich die der Vordisposition, der Summierung der Aufträge und der Preisausgleichung. Verbleiben die Vordispositions- und Quantitätsfunktion beim Hersteller, so ist er nicht gegen zeitliche Schwankungen des Bedarfs gesichert, und zwar entweder deswegen nicht, weil der Eigenhändler nur die jeweils in dem konkreten Vertrag mit seinem Kunden benötigte Menge beim Hersteller abrufen bzw. aus dem Konsignationslager entnimmt, oder deswegen nicht,

weil der Eigenhändler nach dem konkreten Händlervertrag nicht absetzbare Waren an den Hersteller zurückgeben kann. (vgl. den Rack-Jobber). Wer von beiden diese Gefahr des Nicht-Absetzen-Könnens letztlich zu tragen hat, der hat auch die Freiheit, den Absatzvorgang im einzelnen Fall so zu beeinflussen, daß er das Risiko meistern kann.

Nimmt der Eigenhändler dem Hersteller die Preisausgleichsfunktion nicht ab, so treffen letzteren auch die Preisschwankungen. In diesem Fall ist in den Händlerverträgen vorgesehen, daß die Schwankungen, die durch eintretende Senkung der Erzeuger- und Wiederverkaufspreise entstehen, den Eigenhändlern vom Produzenten vergütet werden. Zwar hat die Preisausgleichsfunktion durch die Preisbindung an Bedeutung verloren, da der gebundene Preis Preisstürze ausschließt. Aber wegen des ständigen Wechsels im Design der Waren wird in der Wirtschaftspraxis i. d. R. kurz vor dem Umstellen auf einen neuen Artikel die Preisbindung aufgehoben. Oft ist eine Preisbindung auch bei zu großem Angebot von Substitutionsgütern beseitigt. Wenn hierbei der Eigenhändler Preiseinbußen vom Hersteller aufgrund des Händlervertrages nicht erstattet bekommt, so spricht dies für seine wirtschaftliche Selbständigkeit.

Die Bedeutung dieser drei Funktionen, die i. d. R. zusammen wahrgenommen werden, für das Verhältnis von Hersteller und Eigenhändler wird in den Händlerverträgen deutlich, die bestimmte zahlenmäßig festgelegte oder vom Produzenten festzulegende Abnahmeverpflichtungen enthalten. Dadurch wird dem Erzeuger die Vordisposition erleichtert, und er wird unabhängig von den Schwankungen in der Nachfrage¹⁾. Außerdem verzieht sich das Risiko der Preisschwankungen auf den Händler²⁾ -

1) In den USA standen 1958 über 900.000 unverkaufte Automobile bei den Händlern auf Lager. Vgl. Rosenstiel in FAZ vom 8.4.1958

2) Zur Bedeutung dieser Kontingente in der KFZ-Wirtschaft vgl. Budczies Diss. S. 8 ff.; v. Brunn, Händlerverträge S. 58

Da diese Abnahmeverpflichtungen gerade zum Ausgleich saisonaler und konjunktureller Schwankungen vereinbart werden, und in der Praxis auch gerade bei eintretendem Nachfrageschwund der Hersteller von diesem Recht Gebrauch macht, liegt hier das Risiko des Nicht-Absetzen-Könnens nicht beim Hersteller, sondern beim Händler. In einem so gestalteten Händlervertrag wird eine so weitgehende Interessenwahrungspflicht des Eigenhändlers gegenüber dem Hersteller nicht vereinbart werden, daß beim Vertriebsvorgang die Interessen des Herstellers stets denen des Eigenhändlers vorgehen müssen. Eine derartige Klausel wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben ¹⁾.

dd) Das Zwischenergebnis

Wenn ein Eigenhändler die Funktionen der Vordisposition, der Summierung der Aufträge und der Preisausgleichung trägt, so ist er kooperativer Eigenhändler; denn dann unterliegt er nicht einer solchen Weisungsgewalt des Herstellers, daß dieser jeden Teil des Vertriebsvorgangs regeln kann. Wenn der Eigenhändler die diesen Funktionen entsprechenden Risiken trägt, die das zentrale Absatzrisiko ausmachen, dann muß er letztlich zur Meisterung dieses Risikos frei sein, nach seinen unternehmerischen Bedürfnissen entscheiden und dabei fremde Interessen nicht vorrangig zu berücksichtigen haben. Wenn aber der Hersteller das eigentliche Absatzrisiko trägt, dann ist er Herr des gesamten Absatzes, der befugt ist, nach seinem Gutdünken den Vertriebsvorgang im einzelnen zu regeln und seinen Absatzhelfern detaillierte Weisungen zu erteilen.

Als Beispiel für einen integrierten Eigenhändler seien hier die Fälle genannt, in denen der Eigenhändler nicht abgesetzte Waren dem Lieferanten zurückgeben kann oder in denen der Hersteller

1) Zur besonderen Bedeutung des § 242 BGB in Fällen der Risikoverlagerung vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. B 494

ein Konsignationslager beim Eigenhändler unterhält ^{1) 2)}. Bei einem Konsignationslager bleibt der Hersteller bis zum Verkauf der Ware Eigentümer derselben. Die Ware ist im Geschäft des Händlers nur zum Zwecke der sofortigen Belieferung der Kundschaft und der Vorführung und Aufstellung gelagert.

So arbeitet ein süddeutscher Sportartikelhersteller mit seinen Abnehmern zusammen. Darüber hinaus erläßt er bindende Weisungen an seine Händler bezüglich der Außenwerbung und der Schaufensterdekoration und führt sehr detaillierte Betriebsvergleiche durch. Dabei haben die Abnehmer die Adressen ihrer Kunden an das Werk mitzuteilen ³⁾, denen dann mindestens einmal im Jahr ein persönlich gehaltener Werbebrief zugesandt wird. Diejenigen Teile des Sortiments, die der Hersteller nicht produziert, müssen über eine von diesem und den einzelnen Händlern gebildete Einkaufsgemeinschaft bezogen werden. In diesem Fall überwiegen sowohl die Interessenwahrungspflicht des Händlers als auch die Weisungsbefugnis des Herstellers gegenüber der eigenverantwortlichen wirtschaftlichen Initiative, so daß die Eigenhändler als unselbständige Absatzhelfer erscheinen und wie Handelsvertreter und Kommissionäre als Hilfgewerbetreibende zu behandeln sind.

-
- 1) Zum Konsignationslagervertrag vgl. den Musterentwurf des VDMA in der Sonderveröffentlichung der Rechtsabteilung Nr. 1/61
 - 2) In den USA ist die Elektroindustrie infolge der Auflockerung der Preisbindung und des nachfolgenden Preissturzes zu diesem Verkaufssystem übergegangen.
 - 3) Dieser Umstand, der bei der Prüfung einer analogen Anwendung des § 89 b HGB auf den Eigenhändler eine entscheidende Rolle spielt, erscheint hier nicht allein ausschlaggebend, da bei einer Gleichstellung von Eigenhändler und Handelsvertreter im Rahmen des § 89 b HGB darauf abzustellen ist, ob der soziale Schutzgedanke und Billigkeitsgründe für einen Ausgleich für die Verschaffung eines Kundenstammes sprechen.
Vgl. BGH NJW 64, 151; Schröder BB 66, 449 m. w. N.

II. Die zivilrechtliche Auslegung der Kundenschutzvereinbarung

In der wirtschaftlichen Praxis des Handelsverkehrs sind Kundenschutzvereinbarungen zwischen Lieferant und Eigenhändler häufig geworden. Jedoch fehlt in der vertraglichen Abrede i. d.R. eine nähere Umschreibung und Abgrenzung des Kundenschutzes, so daß die Bedeutung, der Inhalt und der Umfang solcher Vereinbarungen nicht klar erkennbar sind und der Auslegung bedürfen. Die Kundenschutzklauseln sind keine typischen Handelsklauseln, und ihre Vereinbarung stellen insbesondere keinen allgemeinen Handelsbrauch dar ^{1) 2)}. Sie bedürfen vielmehr einer entsprechenden Vereinbarung, die gewöhnlich durch ausdrückliche Erklärung erfolgt. Möglich ist auch eine stillschweigende Vereinbarung, die dann anzunehmen ist, wenn schon besonders intensive Geschäftsbeziehungen zwischen dem Hersteller und dem Eigenhändler bestehen und das Verhalten der Parteien nach Treu und Glauben so zu verstehen ist, daß die Wirkungen des Kundenschutzes zwischen ihnen gelten sollen.

In den ausdrücklichen Erklärungen wird meist nur allgemein "Kundenschutz" zugesagt; es heißt dann etwa: "Kundenschutz für alle Abschlüsse im Gebiet X", oder "Kundenschutz für spätere Geschäfte mit diesen Kunden" ³⁾. Da dem Begriff des Kundenschutzes je nach den Rechtsbeziehungen der Parteien und deren Interessenlage eine sehr unterschiedliche Bedeutung zukommen kann, hat

-
- 1) Dies ist anerkannt in der wirtschaftlichen Praxis, vgl. IHK Oldenburg, Gutachten BB 51, 150; von der Rechtsprechung vgl. BGH BB 59, 1116; BB 63, 110 und von der Literatur s. Stumpf, Kundenschutz S. 9; Koch, DB 57, 85.
 - 2) Handelsbrauch sind diese Klauseln bei Weinkommissionären und im Holzhandel. Vgl. Koch, DWZ 1956, 59; Gallois, Handelsbräuche S. 72; Gerig, Holzhandelsbräuche S. 7 f.
 - 3) Vgl. dazu Gutachten der IHK Breslau in WuR 1930, Teil: Entscheidungen und Gutachten in Handelssachen Nr. 20, Sp. 69 f.; OLG Düsseldorf WuR 1930, Nr. 134, Sp. 361 ff.; BGH BB 63, 110

sich ein einheitlicher Rechtsbegriff mit einem festen Rechten- und Pflichtenkreis nicht herausgebildet ¹⁾. Wo es an einer näheren Regelung dieser Rechte und Pflichten fehlt, muß die Auslegung deren Inhalt und Umfang ermitteln. Obwohl hiernach die Kundenschutzvereinbarung im Einzelfall einen verschiedenen Inhalt haben kann, so ist dennoch anhand der allgemeinen Zielrichtung und des grundsätzlichen Sinns und Zwecks solcher Vereinbarungen eine gewisse allgemeingültige Präzisierung möglich.

1) Die Rechtsgrundlagen der Auslegung

Die Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist nicht nur Aufgabe des Richters, sondern auch Aufgabe des Erklärungsadressaten. Beide haben bei der Auslegung von den §§ 157, 242 BGB auszugehen, da die Kundenschutzklausel Bestandteil des Händlervertrages ist. Bei der Aufnahme dieser Klausel in den Händlervertrag leiden die Vorstellungen und Gedanken der Parteien, die in dem Schlagwort "Kundenschutz" ihren Niederschlag finden, oft an Unklarheit, Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit. Namentlich die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge wird nicht richtig und scharf genug erkannt und durchdacht; und es wird eine bestimmte Lage, die sich erst nachträglich entwickeln soll, falsch beurteilt. Daraus entstehende unbestimmte und mehrdeutige Schlagworte, die lediglich einen weitgesteckten Rahmen andeuten, sind mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung zu präzisieren, wenn die Bedeutung der Worte objektiv zweifelhaft bleibt und eine der möglichen objektiven Bedeutungen mangels einer besonderen subjektiven Vorstellung und Vereinbarung der Parteien, eines allgemeinen Sprachgebrauchs der Umgangssprache oder einer Verkehrssitte den Vertragsschließenden nicht zurechenbar ist ^{2) 3)}.

1) Vgl. BGH NJW 52, 500; LM Nr. 2 zu § 157 BGB (b H); LM Nr. 17 zu § 242 BGB (Be); OLG Celle NJW 54, 1848; OLG Karlsruhe BB 56, 61

2) Ebenso BGHZ 33, 163; Mangoldt NJW 61, 2284; Rosenthal-Bohnenberg § 157 Rdnr. 468; a.A. wohl Henckel, AcP 159, 118

3) Zum Merkmal vgl. Lorenz, Auslegung des Rechtsgeschäftes S. 71 ff.

Da das Wort Kundenschutz die von den Parteien gewollte Regelung ihres Verhältnisses zu den außenstehenden zu beliefernden Kunden nicht oder nur sehr lückenhaft bestimmt, und da weder der Sprachgebrauch noch die Verkehrssitte eine Eindeutigkeit ergibt, sind zur Interpretation die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung heranzuziehen. Ausgangspunkt und Grenze dieser Auslegungsmethode sind die Gesamtregelung des Händlervertrages und die in der lückenhaften Einzelabrede zugrunde liegenden Interessenlagen sowie deren Abwägung auf objektiver Grundlage. Bei ergänzender Auslegung ist das auszulegende Rechtsgeschäft als Typus aufzufassen. Nicht für das konkrete, sondern für ein derart gestaltetes Rechtsgeschäft ist die ergänzende Regelung zu finden ¹⁾.

Weil somit die ergänzende Vertragsauslegung Gesetzesergänzung ist ^{2) 3)}, kann die Ergänzung nur durch Abwägung der Parteiinteressen auf objektiver Grundlage, d.h. auf der Grundlage der gesetzlichen Interessenbewertung erfolgen, wobei unter Bezugnahme auf die gesamte Rechtsordnung, insbesondere in Analogie zu der für andere Typen getroffenen gesetzlichen Wertung die fehlende Norm zu suchen ist ⁴⁾.

2) Die wirtschaftlichen Motive der Kundenschutzvereinbarung

Wegen der Bedeutung der in der Kundenschutzklausel zum Ausdruck kommenden Interessenlage von Hersteller und Eigenhändler für die ergänzende Auslegung ist es notwendig, zuvor die zum

1) Vgl. dazu Flume, Das Rechtsgeschäft S. 197; Merz in Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB Anm. 138

2) So auch Heck, Grundriß des Schuldrechts S. 13; BGH in ständiger Rechtsprechung vgl. BGHZ 7, 235, BGH JZ 61, 261

3) Daher ist die Anfechtbarkeit der Kundenschutzklausel wegen Irrtums über die nach ergänzender Auslegung sich ergebenden Rechte und Pflichten aus dem Kundenschutz ausgeschlossen. Vgl. Henckel AcP 159, 125

4) Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft S. 324

Abschluß einer solchen Abrede führende Motivationslage der Parteien offenzulegen. Kundenschutz gewährt ein Hersteller entweder sporadisch in einzelnen Händlerverträgen oder systematisch mit jedem seiner Eigenhändler, indem er sein Absatzgebiet oder seinen gesamten Kundenstamm aufteilt und innerhalb eines jeden Teilbereichs einem Eigenhändler ein Alleinverkaufsrecht einräumt. Abgesehen von dem Fall, daß der Kundenschutz erst nach Ablauf des Händlervertrages wirksam werden soll, liegt in jeder Gewährung von Kundenschutz ein Kooperationsverhältnis von Hersteller und Eigenhändler, in dem beide ihre jeweiligen Interessen verfolgen. Die wirtschaftliche Basis ist in beiden Fall-Gestaltungen ähnlich.

a) Die Interessenlage des Herstellers

Schon seit langer Zeit vereinbaren bedeutende Produzenten auf allen Produktionsgebieten, insbesondere in der Investitionsgüter- und Konsumgüterindustrie Kundenschutz mit ihren Händlern. Da es Ziel jeden Herstellers ist, einen größtmöglichen Absatz auf lange Dauer zu erzielen, liegt der Schluß nahe, daß sich der Hersteller von einem solchen System eine wesentliche Absatzförderung verspricht. Daraus wird man entnehmen können, daß eine Absatzsteigerung tatsächlich Folge des Kundenschutzes ist. Die absatzpolitische Entscheidung für den Universalvertrieb, d.h. Lieferung an jedermann, oder für Selektivvertrieb, d.h. Lieferung nur an bestimmte Händler, um den Kunden zu erreichen, hängt im wesentlichen von der Organisation des Herstellerunternehmens, der Art des Produktes und den Marktverhältnissen ab. Universalvertrieb ist bei Nicht-Markenartikeln die Regel, und hier besonders dann, wenn eine langfristige Pflege des Absatzes und ein Kundendienst nicht erforderlich ist. Weiter bietet sich diese Vertriebsart an, wenn ein Produkt so bekannt und allgemein begehrt ist, daß der Hersteller mit einer langfristigen sicheren Nachfrage rechnen kann ¹⁾. Der Universalvertrieb ist auch beim Absatz von

1) Vgl. den Fall des brand-leader. S. dazu Sölter, Markenpreisbindung S. 15 ff.

modischen Neuheiten und Schlogern häufig, die nur kurzfristig - für eine Saison - auf den Markt kommen. Immer dann aber, wenn ein Produkt einer langfristigen Marktpflege bzw. einer sorgsam Markteinführung bedarf, geht der Produzent zum Selektivvertrieb über ¹⁾. Die Erfahrung hat gelehrt, daß die Lieferung an jeden Händler nicht stets den optimalen Absatz gewährleistet, sondern daß der Selektivvertrieb über Alleinverkaufsberechtigte bessere Absatzchancen auf Dauer schaffen kann.

aa) Die Markterschließung und Marktpflege.

Im Interesse einer kontinuierlichen Ausnutzung der Kapazität kann es dem Hersteller nicht gleichgültig sein, wie sich die jeweilige Nachfragestruktur und die Nachfragebedingungen entwickeln. Die unmittelbare und daher intensivste Bearbeitung des Marktes kann durch den ausgewählten Alleinverkaufsberechtigten geschehen, da der verbrauchernähere Händler eher in der Lage ist, die Werbung zu betreiben, die auf bestimmte Käuferkreise oder Gebiete abzustellen ist ²⁾. Präferenzen der Verbraucher für einen bestimmten Artikel werden auch durch besondere Fähigkeiten des Absatzmittlers geschaffen, wie durch dessen schnelle Liefermöglichkeit, seine Sachkenntnis, seine Lage und Ausstattung, seine Bereitschaft und schnelle Möglichkeit zur Erfüllung von Sonderwünschen und seine Höflichkeit ³⁾. Ein wettbewerbsaktives Vertriebssystem besteht nicht darin, daß jeder beliebige Händler beliefert wird, sondern nur aus einer Auswahl qualifizierter Fachhändler, die die Weckung und Förderung der Nachfrage nicht dem Zufall überläßt, sondern als

1) S. Geist, Selektive Absatzpolitik S. 4 ff.

2) Vgl. die vom BFH BStBl 1962 III S. 495 getroffene Unterscheidung der zwei Werbefunktionen: "Mit der ersten Funktion soll also ein Markt geschaffen oder erhalten werden, der sich auf das Markenerzeugnis erstreckt, so daß diese Art Werbung damit eine Breitenauswirkung zeigt. Die Schaffung und Erhaltung eines Marktes aber liegt im Interesse desjenigen, der die Markenware herstellt. Dagegen liegt die weitere Funktion der Werbung, den einzelnen Käufer zum Kauf anzuregen, im Interesse des Händlers, der die Ware an den Kunden absetzen und Einzelwirkung erzielen will."

3) Vgl. Duesberg WuW 66, 467

verlängerter Arm des Herstellers intensive Marktarbeit leistet. Durch sie hat der Hersteller direkten Einfluß auf die Markterschließung und Marktpflege. Besonders bei technisch hochwertigen Industrieerzeugnissen wie Automobilen kommt es nicht allein auf den Verkauf an, sondern auf die langfristige Kundenverbindung, die die Pflege des Kundendienstes und des good-wills umfaßt ¹⁾. Gerade der Aufbau eines Kundendienstes mit der intensiven Ersatzteillagerhaltung drängt immer wieder zu Alleinverkaufsberechtigten ²⁾.

bb) Das Optimierungsproblem

Der Alleinverkauf ist für den Hersteller eine der Möglichkeiten zur Lösung des Optimierungsproblems der externen Organisation ³⁾. Er erleichtert dem Hersteller die Schaffung eines eigenen Marktes, den er in erster Linie durch Produktdifferenzierung erreichen will ⁴⁾, da durch das Angebot einer Vielzahl von Substitutionsgütern die Markttransparenz stark verringert ist. Der selektive Vertrieb ist ein Instrument der Absatzförderung und -rationalisierung, denn er hilft dem Hersteller dabei, sein Erzeugnis aus der Masse anonymer Waren herauszuheben, um durch diese Exklusivität einen optimalen Absatz zu verbürgen. Darum schließt gerade der Erzeuger solcher durch besondere Eigenschaften oder Kennzeichen individualisierter Produkte Kundenschutzvereinbarungen, um die Differenzierung seiner Erzeugnisse zu erhalten und zu verstärken.

cc) Die Markteinführung

Wenn ein Artikel einer besonders kostspieligen Einführung

1) Sölter, Vertriebsbindungen S. 21 ff.; Hagenauer, Absatzorganisation S. 19; v. Brunn, Händlerverträge S. 23 ff.

2) So Dickel, Wirtschaftsdienst 1965, 458; Champaud Rev. trim. Dr. comm. 1963 S. 454

3) S. Kraaijeveld, Economische Aspecten S. 1093; zum Optimierungssatz als dem Streben nach der wirtschaftlichsten und rationellsten Unternehmensverfassung vgl. Bayer, Schmollers Jahrbuch 1965, 130 ff.

4) Vgl. dazu Duesberg, Güterströme S. 86 ff. 93; Brondt Preistheorie 5 ff.

bedarf, und wenn dem Hersteller der Aufbau einer eigenen Einführungsorganisation nicht möglich ist, dann kann er nur dann einen Eigenhändler für diese Aufgabe finden, wenn sich für diesen die Investitionen lohnen. Kein Händler ist geneigt, für Werbung, Markterschließung und Kundendienst erhebliche Mittel aufzuwenden, wenn auch seinen Konkurrenten diese Anstrengungen zugute kommen (Rosinengeschäfte). Daher wird er sie nur auf sich nehmen, wenn er das Alleinverkaufsrecht auf längere Dauer eingeräumt bekommt und er so die Gewähr eines entsprechend hohen Umsatzpotentials hat. Nur so ist er sicher, daß nicht andere, wie Versand- und Diskonthandel, den Nutzen seiner kostspieligen Einführungsarbeit ernten, nachdem der Artikel eine gewisse Verkehrsgeltung erreicht hat ¹⁾.

dd) Die Reduzierung der Absatzkosten

Auch die Fragen der Absatzkosten lassen den Absatzweg über einen Alleinverkaufsberechtigten vorteilhaft erscheinen. Die Belieferung nur weniger Händler stellt an den Verteilungsapparat des Erzeugers weniger Anforderungen, als wenn eine unbegrenzte Zahl von Abnehmern zu beliefern wäre. Hierin liegt bei scharf kalkulierten Preisen oftmals die einzige Möglichkeit zum Preiswettbewerb.

ee) Der Kampf gegen Lockvogelpraktiken

Eine Rolle spielt die Kundenschutzklausel auch im Kampf gegen Lockvogelangebote einiger Handelsunternehmen und gegen den Niedrigpreishandel. Obwohl Lockvogelangebote, in denen der Händler bekannte zugkräftige Markenartikel zu erheblich herabgesetzten Preisen anbietet, während er andere Markenartikel im Wege der Mischkalkulation mit höheren Preisen auszeichnet, nach § 3 UWG wettbewerbswidrig sind ²⁾, sind sie wegen der auftretenden Beweisschwierigkeiten schlecht verfolgbar.

1) Vgl. Kleemann, DB 62, 1631; Sölter, Vertriebsbindung S. 25 ff.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl § 3 UWG Anm. 231; Fikentscher, Preisunterbietung S. 28

Da sie aber wegen des fehlenden Interesses anderer kostengerecht kalkulierender Händler an dem Vertrieb solcher Artikel zu erheblichen Schäden führen, ist dem Hersteller an einer wirkungsvollen Bekämpfung gelegen. Der Niedrigpreishandel, der seine Kosteneinsparungen durch eine bewußt primitive Ladeneinrichtung, sparsamsten Personaleinsatz, Verzicht auf Werbung, geringe Mietkosten durch entsprechende Standortwahl erzielt, erbringt nicht alle Vertriebsleistungen und behält nur umsatzstarke Artikel im Sortiment, so daß der Hersteller auf eine längere enge Zusammenarbeit mit ihm nicht interessiert sein kann. Durch Kundenschutzklauseln mit Alleinverkaufsberechtigten sind so verfahrenende Händler aus dem Absatzweg ausgeschlossen.

ff) Die Sicherung der Preisbindung

Der Kundenschutz dient auch der Sicherung der Preisbindung. Durch Einflußnahme auf den Absatzweg will der preisbindende Hersteller Preis- und Rabattmanipulationen entgegenwirken. Wenn alle Verkäufe innerhalb eines bestimmten Absatzraumes nur über einen Händler abgewickelt werden, so kann dieser naturgemäß leichter kontrolliert werden als eine große Anzahl Händler. Außerdem entfällt, wenn einem Händler innerhalb seines Gebietes ein Monopol zugewilligt wird, eine der wichtigsten Ursachen geheimer Preisunterbietung, nämlich die Furcht, daß ihm der Konkurrent zuvorkomme.

gg) Der Kampf gegen die organisierte Nachfrage

Der Selektivvertrieb über Alleinverkaufsberechtigte ist auch ein Abwehrmittel gerade der mittelständischen Industrie gegen die immer mehr erstarkenden Nachfragegruppen, die die Gefahr mit sich bringen, daß sie den Herstellern letztlich das Produktionsprogramm, Mengen, Preise und Konditionen vorschreiben. Da beim Universalvertrieb die Absatzmenge und somit der Mengenrabatt Großabnehmer immer günstiger stellt, hilft der Hersteller mit, sich selbst in eine gewisse Abhängigkeit zu diesen Nachfragegruppen zu manövrieren so daß er zu ihrem Zulieferer degradiert wird ¹⁾.

1) Vgl. Sölter MA 65, 306 ff.; Lehmpfuhl, Vertriebsbindungen S. 25 f.

Für den Hersteller entsteht durch die organisierte Nachfrage noch ein Problem, das er mit Hilfe von Alleinverkaufsberechtigten lösen kann. Wo leistungsfähige Handelsorganisationen bestehen, muß er zusätzlich zu den Verbrauchervorstellungen deren Wünsche berücksichtigen. Alle Handelsbetriebe verkaufen die gleichen Produkte, deren Erzeuger eine zentrale uniforme Werbung betreiben. Das zwingt die Handelsgruppen, ihren eigenen Stil zu entwickeln, um sich im Bewußtsein der Kunden von der Konkurrenz zu unterscheiden; sie müssen eine eigene Atmosphäre bilden. Ein über diese Handelsketten verkaufender Hersteller muß das Image seiner Waren dieser Atmosphäre anpassen. Der Vertrieb über alleinverkaufsberechtigte Eigenhändler erspart dem Hersteller diese Abhängigkeit und läßt ihm die Möglichkeit, auf das Marketing entscheidenden Einfluß auszuüben.

b) Die Interessenlage des Eigenhändlers

Die Kundenschutzvereinbarung liegt aber auch im Interesse des einzelnen Händlers. Bei großen und angesehenen Herstellern werden sich die Händler bemühen, das Alleinverkaufsrecht der Waren zu erhalten, da es ihnen auf diese Weise gelingt, sich ohne großen Kapitalaufwand und unter Verwendung des good wills des Herstellers eine ständige Erwerbsquelle zu sichern. Die Kundenschutzklausel wird nicht allein im Interesse des Eigenhändlers vereinbart ¹⁾; es handelt sich vielmehr um eine ausgehandelte Interessenverbindung von Hersteller und Eigenhändler, in der diese ihre beiderseitigen, oftmals konträren Ziele zu erreichen suchen.

aa) Die Erhaltung des Kundenstammes

Mit der Kundenschutzklausel will der Eigenhändler regelmäßig seine Beziehungen sowohl zu dem Hersteller wie zu dem Verbraucher, die oftmals das wertvollste Gut in seinem Vermögen sind, für sich schützen und erhalten. Er will verhindern, daß seine Kunden

1) So aber Stumpf, Kundenschutz S. 10

- d.h. die Hersteller oder Verbraucher, die sich wegen dieser Geschäftsverbindungen zu der jeweiligen Marktgegenseite an ihn gewandt haben - die ihnen bisher unbekannten und erst durch ihn benannten Warenquellen bzw. Absatzgebiete in Zukunft ohne seine abermalige Hinzuziehung, also ohne weitere Entschädigung hierfür, benutzen. Aus dieser Erwägung heraus wird der Kundenschutz gerade von umsatzstarken und gut eingeführten Großhändlern verlangt und vom Hersteller akzeptiert.

bb) Die Monopolstellung

Die Konzentration des Vertriebes auf ihn bringt für den Eigenhändler eine Umsatzerhöhung, die ihm einen Kostenvorsprung gegenüber anderen Händlern einträgt, den er durch die Verteilung der Fixkosten auf eine größere Warenmenge erreichen kann. Weiter bringt die Monopolstellung ihm allein die Markterfolge ein, die die von ihm und dem Hersteller betriebene Produktdifferenzierung in seinem Vertragsbereich zur Folge hat ¹⁾.

3) Die aus dem Kundenschutz erwachsenden Rechte und Pflichten

Nach dieser Aufstellung der wirtschaftlichen Gründe und der Darstellung der Verhältnisse der beiden Eigenhändlerotypen zum Hersteller sollen nun die einzelnen aus der Kundenschutzvereinbarung erwachsenden Rechte und Pflichten der Parteien erörtert werden.

a) Die Unterlassungspflicht des Herstellers

Das auffallendste Merkmal der Kundenschutzvereinbarung liegt darin, daß der Hersteller dem Eigenhändler das Recht zur alleinigen Belieferung der für ihn geschützten Kunden überläßt, so daß jenen die Pflicht trifft, in dem Bezirk oder an die Kunden des Alleinverkaufsberechtigten jeden Verkauf seiner Waren zu unterlassen, mögen die Erzeugnisse auch unmittelbar von ihm angefordert werden ²⁾. Diese weitgefaßte Unterlassungspflicht des Herstellers

1) Vgl. dazu Duesberg, WuW 66, 472

2) Vgl. auch Long, Common Market S. 397

läßt sich weiter konkretisieren und präzisieren.

aa) Das Verbot des direkten und indirekten Verkaufs

Diese Beschränkung des Herstellers umfaßt das Verbot des indirekten und direkten Verkaufs. Er darf weder selbst durch eigene Verkaufsfilialen oder angestellte Reisende noch durch Hilfsgewerbetreibende wie Handelsvertreter, Kommissionäre und Handelsmakler an die dem Eigenhändler geschützten Kunden liefern. Aus dem Zweck der Kundenschutzklausel ist, ohne daß es einer entsprechenden ausdrücklichen Abrede bedürfte, zu entnehmen, daß sich das Verbot nicht nur auf das Tätigwerden des Herstellers bzw. seiner Angestellten, sondern auch dahin erstreckt, daß der Hersteller darauf hinwirkt, daß diejenigen Personen, deren Funktion darin besteht, den Hersteller in seinem Bemühen um die Kundengewinnung zu unterstützen und dessen Waren für ihn abzusetzen, an die dem Eigenhändler vorbehaltenen Kunden nicht verkaufen. Gleichzeitig ist es dem Hersteller untersagt, selbständige Händler mit seinen Waren zu beliefern, wenn diese an den dem Alleinverkaufsberechtigten geschützten Kundenkreis oder in sein Vertragsgebiet verkaufen (relativer Kunden- und Gebietsschutz). In dem Fall, daß nur wenige Abnehmer für eine Ware in Betracht kommen, diese aber einem Alleinverkaufsberechtigten vorbehalten sind, darf der Hersteller keinen anderen Händler beliefern. Wenn einem Händler ein Bezirk oder eine Kundengruppe zugewiesen ist, dann ist es dem Hersteller nach der Kundenschutzklausel nicht gestattet, an andere Händler, die in diesen Schutzbereichen ihr ausschließliches Absatzgebiet haben, seine Waren weiterzugeben, da andernfalls einer Umgehung der Kundenschutzklausel Tür und Tor geöffnet wäre.

a1) Die Kundenkreisbegrenzung

Bei geographischer Festlegung des Kundenkreises sind dem Hersteller direkte oder indirekte Geschäfte mit solchen Personen verboten, die ihre geschäftliche Niederlassung bzw. ihren Wohnsitz in dem dem Eigenhändler zugewiesenen Bezirk haben.

Dies gilt auch dann, wenn die Verhandlungen über den Geschäftsabschluß außerhalb des Bezirkes geführt werden, oder wenn das Geschäft mit einer bezirksangehörigen Person geschlossen wird, die Lieferung aber an einen Ort außerhalb des Bezirkes erfolgen soll. Entscheidend ist nicht die Geschäftsabschlußhandlung, sondern der Umstand, daß der Kunde wirtschaftlich in den reservierten Bezirk gehört, denn nach dem Zweck des Kundenschutzes soll dem Eigenhändler der Bezirk im Sinne einer räumlichen Festlegung von Abschlußmöglichkeiten vorbehalten werden. Hat der Kunde neben seiner Niederlassung im Bezirk des Eigenhändlers weitere Niederlassungen in anderen Bezirken, so ist entscheidend, von welcher Niederlassung der Auftrag erteilt wird.

Nicht verboten sind dem Hersteller dagegen Geschäfte mit solchen Abnehmern, die sich zwar zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorübergehend in dem geschützten Bezirk aufhalten, ihre Geschäftsniederlassung aber außerhalb dieses Gebietes haben. Insbesondere fallen unter das Verbot nicht Geschäfte mit solchen Kunden, die ihre Niederlassung außerhalb des geschützten Bezirkes haben und den Geschäftsabschluß an der innerhalb des Bezirkes liegenden Niederlassung des Herstellers getätigt haben. Liegt die Hauptniederlassung eines Kunden im Bezirk des Eigenhändlers, unterhält der Kunde aber selbständige Zweigniederlassungen außerhalb des Bezirkes des Eigenhändlers, so sind direkte oder indirekte Geschäfte zwischen dem Hersteller und den nicht bezirkszugehörigen selbständigen Zweigniederlassungen nicht verboten. Dies gilt aber nur, soweit die bezirksfremde Zweigniederlassung selbst Auftraggeber ist. Erteilt die bezirksangehörige Hauptniederlassung den Auftrag zur Lieferung an ihre bezirksfremde Zweigniederlassung, so liegt ein Verbotsfall nach der Kundenschutzklausel vor, denn entscheidend ist, ob die für den Geschäftsabschluß wirtschaftlich maßgebende Stelle ihren Sitz im Bezirk hat; nicht erheblich ist, wo die nur formell abschließende Stelle ihren Sitz hat. Wenn eine bezirksfremde Zweigniederlassung selbständig, d.h. ohne bindende Weisung der bezirksangehörigen Zentrale das konkrete

Geschäft abschließt, und die Hauptniederlassung nur formell die Waren bestellt, greift der Kundenschutz nicht ein.

Die Kundenschutzklausel findet auch in dem Fall Anwendung, daß ein außerhalb des geschützten Kundenkreises stehender Fabrikant im Namen und für Rechnung eines innerhalb des Bereiches stehenden Dritten Aufträge über Materialien abschließt, die er für den Dritten bearbeiten oder verarbeiten und dann an ihn liefern soll ¹⁾.

b1) Der Sonderfall der Betriebsangehörigen des Herstellers

Die Kundenschutzklausel ist für den Fall nicht anwendbar, daß das Personal des Herstellers mit den eigenen Waren versorgt wird. Es ist bei allen Herstellern üblich, daß die Betriebsangehörigen die Erzeugnisse bevorzugt erwerben können. Hierdurch scheidet zwar eine bestimmte Verbrauchergruppe für den alleinverkaufsberechtigten Eigenhändler aus, es ist aber aus psychologischen Gründen schlechthin unmöglich, auf diese als Fürsorgemaßnahme des Arbeitgebers zu beurteilende Bevorzugung zu verzichten. Eine gesetzliche Wertung in dieser Richtung findet sich in § 9 Abs. III RabG, wonach Personalrabatte in Abweichung von der Grundregel des § 1 RabG auch in erhöhtem Maße zulässig sind. Jedoch hat der Betrieb dafür zu sorgen, daß das Personal die Waren nur für ihren eigenen Bedarf und allenfalls noch für den Bedarf ihrer nächsten Familienangehörigen verwendet. Bei Großunternehmen darf der Arbeitnehmer nur die Produkte beziehen, die in der speziellen Betriebsstätte des Arbeitnehmers hergestellt werden; Erzeugnisse der anderen Konzerngesellschaften unterliegen auch insoweit des Verbotes der Direktabgabe.

c1) Die sachliche Begrenzung

Die Kundenschutzklausel hat nur für gewöhnliche Handelsgeschäfte Bedeutung, auf die der Händlervertrag zugeschnitten ist. Deshalb findet das Verbot eines direkten oder indirekten

1) Vgl. einen ähnlichen Fall des LG Bochum BB 58, 895

Vertriebes dann keine Anwendung, wenn der Hersteller ein Geschäft gänzlich anderer Art mit den geschützten Kunden abschließt, etwa an seine Gläubiger Waren zur Abgeltung von deren Ansprüchen liefert, um den Konkurs oder die sonstige Einstellung seines Betriebes abzuwenden.

bb) Der Ausschluß jeglicher Absatztätigkeit

Fraglich ist aber, ob der Hersteller künftig keine unmittelbaren Geschäfte mehr mit einem für den Händler geschützten Kunden abschließen bzw. diesem keine Angebote mehr unmittelbar zu-gehen lassen darf, es sei denn über den alleinverkaufsberechtigten Eigenhändler ¹⁾, oder ob er zwar zum Verbraucher unmittelbar Geschäftsbeziehungen aufnehmen darf, dafür aber eine Provision für jedes Einzelgeschäft an den Eigenhändler zu zahlen hat ²⁾, die sich etwa in Höhe der Handelsspanne bewegt. In vielen Fällen ist für den Alleinverkaufsberechtigten kein Interesse feststellbar, dem Hersteller jegliches unmittelbare Tätigwerden zu untersagen, vielmehr scheint sein Interesse nur dahin zu gehen, an den Geschäften finanziell beteiligt zu werden, die der direkt liefernde Hersteller mit den für ihn geschützten Kunden tätigt.

al) Die gesetzliche Wertung des § 87 Abs. II HGB

Eine gesetzliche Wertung in dieser Richtung findet sich in § 87 Abs. II HGB für den Handelsvertreter. Beim Handelsvertreter hat der Kundenschutz in § 87 HGB seine Regelung innerhalb der Behandlung des Provisionsanspruches gefunden. Diese gesetzliche Regelung gibt über den Kundenschutz zwar nur insoweit Aufschluß, als für bestimmte Geschäfte auch dann an den Handelsvertreter Provision zu zahlen ist, wenn dessen Wirken nicht kausal für den Abschluß des Geschäftes war. § 87 HGB verbietet also dem Hersteller nicht, unter Übergehen des Handels-

1) Vgl. etwa BGH BB 59, 1116, BB 63, 110; LM § 242 BGB Nr. 17 (Ba); OLG Karlsruhe BB 56, 61; LG Göttingen BB 51, 41, 265

2) S. OLG Celle BB 54, 578; Baumbach-Duden §§ 377, 374 HGB Anm. 2 H

vertreter mit dem Kunden, der für den Handelsvertreter geschützt ist, selbst oder durch andere Hilfgewerbetreibende Geschäfte zu machen, sondern sichert dem Handelsvertreter für solche Geschäfte nur die Provision. Diese Rechtsfolgenbestimmung regelt also den Fall, daß in dem geschützten Bereich der Hersteller oder andere für ihn tätig werden. Wenn darin eine Vertragsverletzung läge, hätte das Gesetz dies irgendwie zum Ausdruck gebracht, indem es auf die aus der Vertragsverletzung erwachsenden Ansprüche hingewiesen und die Rechtsfolge des § 87 Abs. II HGB neben diese Ansprüche gestellt hätte ¹⁾. Die Kundenschutzregelung in § 87 Abs. II HGB geht also davon aus, daß es dem Hersteller rechtlich nicht untersagt ist, überhaupt tätig zu werden. Auch die Ratio des § 87 Abs. II HGB legt diese Auslegung nahe. Das Gesetz will gewährleisten, daß für die Vorteile des Herstellers, die dieser aus der vorher in seinem Interesse erbrachten Werbeleistungen oder aus der allgemeinen Betreuung des Bezirkes erlangt, der Handelsvertreter seinen entsprechenden Anteil erhält. Dies ist erreicht, wenn der Handelsvertreter eine Provision von allen Geschäften erhält, die in seinem geschützten Bereich für den Hersteller abgeschlossen worden sind.

b1) Die Rechtslage beim integrierten Eigenhändler

Ebenso wie der Handelsvertreter ist der integrierte Eigenhändler Hilfgewerbetreibender für den Hersteller ; er ist wie jener in die werksgebundene Verkaufsorganisation des Herstellers eingegliedert. Die entscheidenden Handelsfunktionen und Absatzrisiken trägt hier wie dort der Hersteller. Wenn aber der Hersteller letztlich das Risiko auf sich nimmt, dann wird er nicht bereit sein, auf das Recht zu verzichten, mit allen potentiellen Käufern in Verbindung zu treten. Es ist gerade der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines den Absatz seiner Waren regelnden

1) So auch Schmidt-Rimpler, Ehrenberg Bd. V 1. S. 268;
vgl. auch Schlegelberger-Schröder § 87 Anm. 31 d;
Staub-Bondi-HGB § 89 An.2

und tragenden Unternehmens inhärent, alle seine Abnehmer unmittelbar erreichen zu können. Dieses Recht wird er einem weisungsgebundenen Absatzorgan gegenüber, das seine Absatzbemühungen unterstützen soll, nicht aufgeben. Wenn der Alleinverkauf auchwie noch zu zeigen ist - die Verpflichtung des integrierten Eigenhändlers begründet, für den Hersteller tätig zu werden und somit diesem den Vorteil besonders intensiver Tätigkeit des Eigenhändlers verschafft, so würde ihn doch andererseits das Verbot jeglicher Tätigkeit mit der Einschränkung belasten, auf anderen, dem Kunden vielleicht angenehmeren Weg das gewünschte Geschäft nicht zustande bringen zu können. Der Zweckgedanke der Kundenschutzvereinbarung mit dem integrierten Eigenhändler ist identisch mit der Ratio des § 87 Abs. II HGB, so daß eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den integrierten Eigenhändler geboten erscheint. Nipperdey¹⁾ dagegen hält den § 87 Abs. II HGB nicht für anwendbar auf den Eigenhändler, da bei diesem der Zweck des § 87 Abs. II HGB, nämlich einen Ausgleich dafür zu schaffen, daß die Entscheidung über den einzelnen Geschäftsabschluß letztlich beim Hersteller liege, nicht gegeben sei. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß § 87 Abs. II HGB Kundenschutz in erster Linie als Gegenleistung für die Betreuung eines ganzen Bezirkes gewährt. Dieser Schutzgedanke findet aber auch auf den integrierten Eigenhändler seinen Anwendungsbereich.

Bei der Vereinbarung von Kundenschutz zwischen Hersteller und integriertem Eigenhändler ist somit im Zweifel dann, wenn lediglich "Kundenschutz" zugesagt ist, davon auszugehen, daß dem Hersteller Direktgeschäfte mit den zugewiesenen Kunden des integrierten Eigenhändlers nicht versagt sind, er dafür aber eine Provision in Höhe der Handelsspanne zu zahlen hat. Allerdings sind auch Abreden denkbar, nach denen dem Hersteller Direktgeschäfte verboten sind, er also verpflichtet ist, sämtliche an ihn gehende Ordern an den integrierten Eigenhändler weiterzugeben. Jedoch bedarf es hierfür einer entsprechenden ausdrück-

1) Nipperdey, Festschrift für Hedemann S. 226

lichen Abrede, sonst ist von der nicht so weitgehenden Regelung, der Provisionssicherung auszugehen.

a2) Die Entstehung des Provisionsanspruchs

Die Pflicht zur Provisionszahlung besteht auch dann, wenn der Hersteller nicht unter Ausnutzung der durch den integrierten Eigenhändler erlangten Kenntnis vom potentiellen Käufer das Geschäft abschließt. Der integrierte Eigenhändler kann auch dann für das nach Abschluß der Kundenschutzvereinbarung zustande gekommene Geschäft Provision verlangen, wenn der Kunde selbständig an den Hersteller herantritt, und somit ein Handeln des Eigenhändlers nicht kausal geworden ist für dieses Geschäft ¹⁾. Dieser Verzicht auf die Kausalität ergibt sich aus dem Zweck der Kundenschutzklausel, dem integrierten Eigenhändler dadurch das Entgelt für die ständige Betreuung des Bezirkes oder Kundenkreises zu gewähren. Die aus der gegenteiligen Auffassung erwachsenden Beweisschwierigkeiten, inwieweit die Markteinführungs- und Betreuungsarbeit des Eigenhändlers kausal für den direkten Geschäftsabschluß war, erscheinen unüberwindlich. Eine solche Beweislast ist von den Parteien nicht gewollt. Der Hersteller garantiert dem integrierten Eigenhändler, daß ihm keine Gewinnmöglichkeit durch Geschäftsabschlüsse von seiner Seite genommen wird. Dabei sind alle denkbaren Geschäfte innerhalb des geschützten Kundenbereiches als Gewinnmöglichkeit anzusehen, gleichgültig, ob der integrierte Eigenhändler die Chance oder den Willen hatte, das konkrete Geschäft für sich abzuschließen. Der Kundenschutz besagt, daß ihm durch den anderweitigen Geschäftsabschluß kein Verlust treffen soll, sondern er den Gewinn erhalten soll, den er bei eigenem Geschäftsabschluß gemacht hätte, nämlich die Handelsspanne als Provision.

1) A.A. ist Koch DB 57, 85. Stumpf, Kundenschutz S. 14 will je nach der Bedeutung der Tätigkeit für den konkreten Abschluß die Höhe der Provision festlegen.

b2) Die Verwirkung des Provisionsanspruchs

Der Umstand, daß Kausalität der Tätigkeit des integrierten Händlers nicht vorliegen braucht, macht aber eine Einschränkung nötig. Wenn dieser jegliche Tätigkeit im Interesse des Herstellers unterlassen hat, kann der Hersteller dem Provisionsanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) entgegenhalten. Dies gilt jedoch nur, wenn der Eigenhändler seine Forderungsarbeit in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise unterlassen hat und ihm dabei ein Verschulden zur Last fällt. Nicht genügt für diese Einrede, daß die allgemeinen Bemühungen des integrierten Eigenhändlers nicht zu Geschäftsabschlüssen geführt haben.

c1) Die Rechtslage beim kooperativen Eigenhändler

Ein Verbot jeder Aufnahme von direkten oder indirekten Geschäftsverbindungen mit den geschützten Kunden ergibt sich aber aus der Kundenschutzvereinbarung mit kooperativen Eigenhändlern. Diese führen keinen fremdbestimmten Wettbewerb, sondern Hersteller und kooperativer Eigenhändler stehen als potentielle Wettbewerber um den Kunden nebeneinander. Weiter tragen die kooperativen Eigenhändler die im Absatzvorgang entscheidenden Funktionen und Risiken und sind keinen Weisungen des Herstellers unterworfen. Die Kundenpflege nehmen sie im eigenen Interesse vor, und zwar nicht in erster Linie mit Bezug auf den good-will des Herstellers, als vielmehr auf ihre eigenen selbständigen Dienstleistungen gegenüber dem Kunden. Auf dieser echten Vermittlerstellung zwischen Hersteller und Verbraucher gründet ein Vertrauensverhältnis zwischen dem kooperativen Eigenhändler und dem Weiterverwender, das der Eigenhändler nicht durch Eingriffe des Herstellers gestört wissen will. Das Kundenverhältnis auch nach Vertragsende aufgrund der bisher vertrauensvollen Zusammenarbeit weiter zu nutzen, ist das entscheidende und auch schutzwürdige Interesse des kooperativen Eigenhändlers bei der Vereinbarung von Kundenschutz. Da bei Einschaltung von kooperativen Eigenhändlern der Hersteller keine Absatzleistungen auf der Händlerstufe tätigt und auch bewußt darauf zugunsten des

Eigenhändlers verzichtet, sondern die Risiken und die Kundenpflege allein beim Eigenhändler liegen, ist letzterem ein Interesse dahin nicht abzusprechen, die während des Laufes des Händlervertrages zu tätigen Einzelgeschäfte mit dem ihm vorbehaltenen Kunden allein zu schließen, um so seine Kundenbeziehungen aufrechtzuerhalten und zu festigen. Der kooperative Eigenhändler stellt sein Vertrauensverhältnis mit seiner Nähe und Einflußmöglichkeit auf den Kunden nicht in den Dienst des Herstellers, sondern schafft und unterhält dies vornehmlich im Eigeninteresse. Dieses verlangt von ihm, daß er sich stets um die Wünsche der Kunden kümmert und sie befriedigt, wobei die Vorstellung des Kunden, nur von diesem Händler die gewünschte Ware erhalten zu können, eine gewichtige Rolle spielt.

Eine Rechtfertigung für den Ausschluß des Herstellers bezüglich jeglicher anderweitiger Lieferung an den Kunden findet sich darin, daß der Hersteller selbst es so gewollt und sich entsprechend der Interessen- und Funktionsverteilung zwischen ihm und dem kooperativen Eigenhändler aus dem Verkaufsgeschäft zurückgezogen hat. Das potentielle Wettbewerbsverhältnis ist im Interesse einer Rationalisierung zu einem Kooperationsverhältnis umgebaut, das die Produktion dem Hersteller und den Vertrieb dem Eigenhändler überläßt.

Aus diesen Gründen ist die Kundenschutzklausel mit einem kooperativen Eigenhändler im Zweifel dahin auszulegen, daß es dem Hersteller verboten ist, ohne Einschaltung des Händlers an dessen geschützten Kundenkreis zu liefern ¹⁾. Dies gilt auch dann, wenn der Kunde aus irgendeinem vom Eigenhändler nicht verschuldeten Grunde seine Geschäftsbeziehungen zu dem Händler abgebrochen hat. Dieser Umstand rechtfertigt kein unmittelbares Beliefern

1) Im Ergebnis auch BGH DB 59, 1222; OLG Stuttgart AWD 59, 16; LG Göttingen BB 51, 265; a.A. Stumpf, Kundenschutz S. 10, der Direktvertrieb immer dann zuläßt, wenn der Händler in seinem Bezirk in angemessener Zeit nicht zum Erfolg gekommen ist oder ein Kunde ein Direktgeschäft wünscht. S. dazu unten S. 83

durch den Hersteller ¹⁾, selbst nicht bei Zahlung einer Provision ²⁾.

cc) Der Vertrieb von Substitutionsgütern

Die Kundenschutzklausel bezieht sich nicht streng auf die namentlich im Vertrag genannten Waren, sondern auch auf andere gleichartige und für den Verbraucher austauschbare Güter. Es wäre mit dem Zweck der Kundenschutzvereinbarung unvereinbar, wenn der Hersteller mit neuen Varianten der Ware oder Substitutionsgütern in den Kundenkreis des Alleinverkäufers eindringen würde. Substitutionsgüter sind solche, die aufgrund wesentlich gleicher Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten und wegen gleich hoher Qualitätsstufe geeignet sind, die ausdrücklich in der Klausel genannten Waren im Wettbewerb um die Befriedigung eines bestimmten Käuferbedürfnisses zu verdrängen ³⁾. Alle Waren des Herstellers, die dasselbe Bedürfnis des Käufers ansprechen und nicht so voneinander verschieden sind, daß die Unterschiede für die Wahl des Kunden entscheidend sind, unterfallen als Vertragsware der Kundenschutzklausel. Das OLG Braunschweig ⁴⁾ sah einen Verstoß gegen die Alleinverkaufsklausel darin, daß ein Hersteller, der einem Händler den Alleinvertrieb seiner Kohlenanzünder aus Torf übertragen hatte, nun andersartig konstruierte Kohlenanzünder in dem Bezirk des Händlers zu vertreiben suchte. Jedoch fällt nicht das gesamte Sortiment des Herstellers unter die Kundenschutzklausel ⁵⁾. Eine solch weitgehende Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ist im Zweifel nicht gewollt, da Kundenschutz i. d. R. nur für bestimmte Waren oder Warentypen gewährt wird, die der Hersteller z.Zt. der Vereinbarung

1) So BGH LM § 157 (Gh) BGB Nr. 39; Stumpf, Kundenschutz S. 9

2) So aber OLG Celle NJW 54, 1848

3) Vgl. zu der ähnlichen Problematik in §§ 16, 22 GWB Schwartz in GK § 16 Anm. 37; Rasch-Westrick § 22 Anm. 7

4) OLG Braunschweig, zitiert bei Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung 8/235, 4

5) Anders aber Peterek BB 66, 354

produziert, da dem Alleinvertriebsberechtigten wegen seiner besonderen Fachkenntnisse bei dieser Art von Waren und wegen der Markteinführungsarbeit gerade für diese Warengattung der Alleinvertrieb zugesagt wird.

dd) Der zweigleisige Vertrieb

Ebenfalls ist es dem Hersteller nicht erlaubt, bei Kundenschutzvereinbarungen über Markenwaren den Vertrieb der Vertragswaren im Kundenbereich des Eigenhändlers markenlos oder unter einer anderen Marke selbst oder durch andere vorzunehmen. Die aus der Gleichartigkeit resultierende Austauschbarkeit der Waren durch den Verbraucher ist nicht davon abhängig, ob die konkurrierenden Waren mit einer Marke oder anderen Marken versehen sind. Gleichartig können Markenartikel untereinander und im Verhältnis zu anonymen Waren sein. Der zweigleisige Vertrieb von Produktvarianten - einmal mit der Marke über den Alleinverkaufsberechtigten und zum anderen markenlos oder unter anderer Marke über andere Absatzmittler - ist für den Hersteller unzulässig, selbst wenn sich die Varianten nicht nur äußerlich, sondern auch der Sache nach klar abgrenzen lassen, soweit nur zwischen den Produktvarianten eine enge Nachfrageverwandtschaft besteht, d.h. soweit sie vom Verbraucher als funktionell austauschbar betrachtet werden. Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Gesichtspunkt, daß es hier wirtschaftlich gesehen dem Fall ähnlich liegt, daß zwei Hersteller tätig sind, von denen der eine die Markenartikel und der andere die anonymen Erzeugnisse produziert ¹⁾, denn der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet dem Hersteller, den alleinverkaufsberechtigten Eigenhändler durch Verkauf von Produktvarianten einem Wettbewerbsdruck auszusetzen.

1) Vgl. dazu Völz, Preisbindung S. 113, der im zweigleisigen Vertrieb bei Abgrenzbarkeit der Varianten nach sachlichen Kriterien eine Lückenhaftigkeit der Preisbindung annimmt. Dagegen sehen Mestmäcker WuW 57, 96 ff. und Jacob-Steinorth, Zweigleisiger Vertrieb S. 55 zu Recht darin einen Verstoß gegen die im Erfordernis der Lückenlosigkeit der Preisbindung zusammengefaßten Pflichten des Herstellers.

ee) Der Vertrieb von Bestandteilen der Vertragsware

Das Alleinverkaufsrecht verbietet auch die Abgabe nur eines Bestandteils eines aus mehreren Teilen bestehenden Artikels. Dies gilt nicht nur für die Teile, die für den Gebrauch der Ware maßgebend sind, sondern auch für die, die dem Artikel sein besonderes Aussehen, seine Unterscheidungsmöglichkeit von anderen Waren und damit einen gesteigerten Wert verleihen. Die Lieferung von Teilen der Vertragsware an andere als den geschützten Eigenhändler wird nur bei unwichtigen und leicht von anderen unterscheidbaren Teilen ausnahmsweise erlaubt sein, aber nur dann, wenn es noch einer weiteren Verarbeitung bedarf, um einen neuen, von der Vertragsware gut unterscheidbaren Artikel herzustellen.

b) Die Tätigkeitspflichten des Herstellers

Ob für den Hersteller neben der Pflicht, an keinen anderen Händler zu liefern, der innerhalb des Bezirkes eines Alleinverkaufsberechtigten wohnt oder zu dessen Abnehmer die geschützten Kunden eines anderen gehören, auch eine solche Verpflichtung besteht, dafür zu sorgen, daß die Vertragsware tatsächlich nicht von dritten Händlern und deren Hilfgewerbetreibenden an den geschützten Kundenkreis vertrieben wird (absoluter Kundenschutz), wird in der Literatur und der Rechtsprechung nicht einhellig beantwortet.

aa) Die konträren Auffassungen

Die eine Meinung ¹⁾ lehnt eine solche positive Einwirkungspflicht des Herstellers ab, und zwar deshalb, weil es einmal praktisch unmöglich sei, jeden Kunden einen solchen Revers unterschreiben zu lassen, und weil zum anderen der Inhalt einer Kundenschutzklausel nur dahin gehe, dem Alleinverkaufsberechtigten die Ausnutzung des Rechtes zu ermöglichen, nicht aber dahin, ihm eine solche zu garantieren ²⁾.

1) Siehe Bierer, Das Alleinverkaufsrecht, S. 15; vgl. auch die Entscheidungen des RG bei Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung 10/262/2; KG DJZ 1904 S. 818

2) So Bierer a.a.O. S. 24

Die gegenteilige Meinung ¹⁾ legt dem Hersteller bei Einräumung des Alleinverkaufsrechts die Verpflichtung auf, seine anderen Abnehmer dahin zu binden, nicht in den geschützten Bereich des Alleinverkaufsberechtigten zu liefern, weil der wirtschaftliche Zweck dieser Kundenschutzklausel vereitelt würde, wenn innerhalb des dem Alleinverkäufer vorbehaltenen Kundenkreises Dritte uneingeschränkt die fraglichen Waren verkaufen dürften.

bb) Die eigene Stellungnahme

Bei der Entscheidung dieser Frage, ob der Hersteller zum Abschluß einer Vertriebsbindungsklausel mit seinen anderen Abnehmern verpflichtet ist, gilt es zu unterscheiden; Hat der Hersteller sein gesamtes Absatzgebiet in Vertriebsbezirke aufgeteilt und jeweils einem Eigenhändler ausschließlich zugewiesen, so daß von ihm überhaupt nur Alleinverkaufsberechtigte beliefert werden, oder hat der Hersteller nur ausnahmsweise an einen Eigenhändler einen Gebietsschutz vergeben, während die übrigen belieferten Händler einen solchen Schutz nicht genießen.

al) Die systematische Aufgliederung des Kundenstammes

Im ersten Fall folgt die Verpflichtung zur Vertriebsbindung aus dem organisierten Absatzsystem der Eigenhändler, das ein ungestörtes Nebeneinander voraussetzt. Zwar ist das einzelne Kundenschutzabkommen im Gegensatz zur Vertriebs- und Preisbindung nicht notwendig systembezogen, d.h. es bedarf keines regelrechten Systems gleichlautender Verträge, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Anders ist es aber bei einer systematischen Aufgliederung des Kundenkreises unter mehreren Eigenhändlern. In diesem Fall erfordert der Grundsatz von Treu und Glauben vom Hersteller, alles zu tun, was eine vertrauensvolle und sowohl auf den Hersteller wie die übrigen Gebietshändler eingespielte Zusammenarbeit verlangt. Der auf vertrauensvolle Zusammenarbeit abgestellte Organisationsgedanke

1) siehe Pfeiffer LZ 1915, 1087; Apt, Gutachten S. 65; OLG Hamburg Hans. GZ 11, 275 ff.; OLG Colmar Recht 1995, 499; JDR 5, 105; Wyniger, Diss. Bern S. 17 f.

kommt auch in den regelmäßig bei solchen Absatzsystemen abgeschlossenen Schiedsverträgen zum Ausdruck, in denen festgelegt ist, daß bei Streitigkeiten zwischen Händlern über die Verletzung der geschützten Kundenkreise der Hersteller als Schiedsrichter unter Ausschluß des Rechtsweges entscheide¹⁾. Diese Schiedsgerichtsklausel in den einzelnen Händlerverträgen, die bezüglich der Unverletzbarkeit der Bereiche anderer Händler einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) enthält, bindet auch die anderen Händler als Zuwendungsempfänger^{2) 3)}. Da der einzelne Eigenhändler ein Recht auf die Zuwendung (= absoluter Kundenschutz) gegenüber dem Hersteller hat, kann man nicht sagen, daß dem Eigenhändler ein Recht minus dessen gerichtliche Durchsetzbarkeit (eine Art Naturalobligation) zugewandt werden soll, wie das dann der Fall ist, wenn das Verhältnis von Versprechensempfänger und Zuwendungsempfänger einseitig und unentgeltlich ist⁴⁾. Das Recht auf Wahrung seines Kundenschlutzes ist ein volles subjektives Recht des Eigenhändlers (perfekte Berechtigung).

1) Vgl. dazu Ziff. 4 des Händlervertragsmusters der Volkswagen AG, abgedruckt bei Budczies, Diss. S. 171

2) Vgl. RG Warn Rspr. 1925 Nr. 16; OLG München BB 56, 259; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit S. 82

3) Prozeßrechtliche Bedenken gegen diese Schiedsgerichtsklausel bestehen aber unter dem Gesichtspunkt des Verbotes des "Richter-Seins in eigener Sache", wenn der Versprechensempfänger zugleich Schiedsrichter sein soll. Das RG (Recht 1914 Beilage Nr. 964) ist der Ansicht, wer sich einem aus Interessenten gebildeten Schiedsgericht unterwerfe, gebe zu erkennen, daß er mehr Wert auf Sachkunde und Erfahrung als auf mangelndes Interesse des Schiedsrichters an einer gerechten Beurteilung seines Rechtes lege. Deshalb ließ das RG eine solche Klausel zu. Jedoch darf m.E. ein Schiedsgericht nicht aus einer solchen Person bestehen, bei der anzunehmen ist, daß sie den Organisationsgedanken höher stellt als das Recht und Interesse des einzelnen Mitglieds des Absatzsystems. Vgl. auch das Gutachten des Vorsitzenden des Kartellgerichts vom November 1925, zitiert bei Förster-Kann § 1032 ZPO Anm. 1 a

4) Zu diesen Fällen vgl. Stein-Jonas § 1025 ZPO A IV 1; Heinemann Gruchot 73, 316 ff.

Die Verpflichtung zur Verhinderung von Direktgeschäften anderer Eigenhändler wird besonders dann deutlich, wenn der Hersteller konkreten Umständen nach annehmen muß, daß der Eigenhändler in fremde Bereiche liefern wird, so z.B. wenn dieser dort eine Filiale betreibt oder schon Geschäftsbeziehungen mit den einem anderen Eigenhändler vorbehaltenen Kunden unterhält. Es ist aber auch Pflicht des Herstellers, unvorhergesehene Geschäftsabschlüsse fremder Eigenhändler vorzubeugen. Unstimmigkeiten, die durch Übergriffe zwangsläufig entstehen würden, gefährden das gesamte Absatzsystem. Dem Hersteller obliegt eine umfassende Förderungspflicht gegenüber seinen Eigenhändlern, und deswegen hat er dafür zu sorgen, daß Lieferungen an andere Händler in den geschützten Bereichen unterbleiben. Schon die sonst bestehende Gefahr der Umgehung der Kundenschutzklausel durch den Hersteller, der durch Lieferungen über andere Händler in den geschützten Bereich seinen Umsatz zu vergrößern sucht, läßt eine solche Auslegung geboten erscheinen. Bei einem System von Alleinverkaufsabkommen besteht also für den einzelnen Berechtigten ein absoluter Kundenschutz, bei dem es der Hersteller übernimmt, seine anderen Abnehmer an Lieferungen in den geschützten Bereich mittels Vertriebsbindungen zu hindern ¹⁾. Eine Verpflichtung dazu, dem Eigenhändler aufzugeben, daß er für den Fall, daß eine in seinem Vertragsbereich gekaufte und dorthin gelieferte Vertragsware innerhalb einer bestimmten Zeit, in der die Ware Neuwert hat, in einen anderen Vertragsbereich für längere Zeit oder immer verbracht und genutzt wird, an den dort zuständigen Alleinverkaufsberechtigten eine entsprechende Beteiligung an dem Händlererlös zahlt, besteht aber nicht. Eine solche Pflicht bedarf der ausdrücklichen Aufnahme in den Vertrag.

Jedoch wird man auch hier die Unterscheidung treffen müssen, ob die Eigenhändler als kooperative oder als integrierte Händler

1) A.A. aber Rittner MA 65, 100

tätig werden. Der absolute Kundenschutz gilt nur für den kooperativen Eigenhändler. Deswegen, weil bei integrierten Eigenhändlern das Absatzinteresse des Herstellers den Kundenschutzinteressen des Händlers vorgeht ¹⁾, hat der Hersteller nicht die Pflicht, bereichsfremde Händler fernzuhalten, wohl aber die Verpflichtung, diesen aufzugeben, den vollen Händlererlös abzüglich Mehrwertsteuer abzuführen. Nur bei ausdrücklicher Bestimmung wird anzunehmen sein, daß der bereichsfremde Händler einen um die Provision des berechtigten Händlers erhöhten Kaufpreis fordern muß, um diese dann an den Berechtigten abzuführen.

b1) Die vereinzelte Gewährung von Kundenschutz

Wenn ein Hersteller nur sporadisch Kundenschutz einräumt, entfällt die Notwendigkeit einer Vertriebsbindung dieser Art wegen der fehlenden Organisation. Fraglich bleibt, ob nicht der Zweck der Kundenschutzvereinbarung, die stets Folge und zugleich Anreizmittel für besondere Verkaufsanstrengungen des Eigenhändlers ist, die die eigentümliche Kunden- und Wettbewerbsstruktur des Bereiches verlangen, einen solchen absoluten Kundenschutz erfordert. Wenn dagegen eingewendet wird, es sei praktisch unmöglich, jeden Kunden einen solchen Vertriebsbindungsrevers unterschreiben zu lassen; so ist dem entgegenzuhalten, daß die Auferlegung einer solchen Verpflichtung gegenüber den Abnehmern leicht durchführbar ist, wenn man diejenigen Abnehmer ausnimmt, die nicht als Wiederverkäufer auftreten. Bei diesen ist durch das Wegfallen des Händlererrabattes (z.B. Funktions-, Mengen- und Einführungsrobatt) schon eine nennenswerte Konkurrenz nahezu ausgeschlossen. Auch das Argument, daß es keinem Abnehmer zugemutet werden könne, von vornherein seinen Kundenkreis in dieser Weise zu beschränken, und daß unter diesen Umständen sich kein Händler dazu bereit erkläre, Waren des Herstellers zu beziehen, ist nicht überzeugend, da oft der Verkauf einer besonders begehrten Ware trotz der

1) Vgl. oben S. 4 f

Beschränkung lukrativ sein kann und der Händler bei dem bestehenden Anbieterwettbewerb jederzeit eine Ausweichmöglichkeit auf andere Waren hat.

Entscheidend gegen die Gewährung eines solchen absoluten Kundenschutzes, der einer Garantieerklärung des Herstellers auf alleinigen Verkauf nahekommt, spricht aber die Interessenlage des Herstellers. Einmal verfügt der Hersteller nicht über die faktische Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeit auf so zahlreiche Händler, daß er deren vertragswidriges Verhalten unterbinden könnte, da allein mit dem Abschluß der Vertriebsbindungsklausel deren Einhaltung nicht gewährleistet ist. Zum anderen ginge der Hersteller mit einer derartig großen Belastung in Verkaufsverhandlungen mit anderen Händlern, die ja über keinen Kundenschutz verfügen, daß er von seiner relativ starken Position diesen gegenüber verdrängt wäre und diesen eventuell ihm unangenehme Sondervorteile verschaffen müßte. Darum wird im Zweifel der Hersteller bei sporadischer Gewährung von Kundenschutz keinen absoluten Kundenschutz gewähren.

c1) Die Erfolgsgarantie

Soweit der Hersteller absoluten Kundenschutz zu gewähren hat, ist er nicht nur zu einem Tätigwerden verpflichtet, um andere Abnehmer durch Vertriebsbindung von Übergriffen in fremde Kundenkreise abzuwehren, sondern er schuldet den Erfolg¹⁾. Die in den Kundenschutz gesetzten und durch besondere Leistungen gerechtfertigten Erwartungen des Eigenhändlers werden nicht durch Bemühungen, sondern allein durch die Tatsache des Monopols erfüllt. Wenn die effektive Marktsituation dieser Rechtstellung nicht mehr entspricht, dann erhält der Eigenhändler nicht mehr den gesamten vertraglichen Gegenwert²⁾. Abgesehen von unvermeidlichen vereinzelt und vorübergehenden Fehlschlägen erfüllt

1) A.A. OLG Hamburg, Hans GZ 11, 275 ff.

2) Für die Preisbindung vgl. Lukes NJW 64, 1955

der Hersteller seine vertragliche Pflicht nicht, wenn andere Händler Gelegenheit zu "Rosinengeschäften" haben. Diese Verpflichtung ist keine Garantieübernahme in dem Sinne, daß der Hersteller für die Folgen haftet, wenn der Zustand der faktischen Alleinverkaufsmöglichkeit nicht eintritt. Vielmehr ist es ein Nichterbringen der vertraglichen Gegenleistung, so daß der Eigenhändler nach §§ 320, 323 BGB frei wird. Werden faktisch die Einbrüche anderer Händler beseitigt, so ist es Tatfrage, ob in Folge der Dauer der Eigenhändler an der Wiederherstellung der vertragsgemäßen Marktlage noch ein Interesse hat. Das wird dann nicht der Fall sein, wenn die Erreichung des Vertragszweckes, dem Händler einen ausschließlichen Kundenkreis zu schaffen und zu erhalten, in Frage gestellt ist. Gelingt es dem Hersteller innerhalb einer kurzen Zeitspanne nicht, so hat er teilweise nicht erfüllt. Die Frage, ob die teilweise Erfüllung einer Nichterfüllung gleichkommt, entscheidet sich an der Zumutbarkeit eines weiteren Festhaltens an dem Händlervertrag. In der Regel sollen die gesamten vertraglichen Beziehungen mit der Ausübung des Alleinverkaufsrechts stehen und fallen, denn die Hersteller pflegen sowohl bei der Anwerbung von Händlern in ihren Anzeigen wie auch in ihren Verträgen bewußt das Alleinverkaufsrecht gewissermaßen blickfangmäßig groß herauszustellen und im Gegensatz dazu den Kaufvertrag im Inserat ganz und im schriftlichen Vertrag erheblich zurücktreten zu lassen, weil sie offensichtlich von der Erwägung ausgehen, nur bei solchem taktischen Vorgehen den Bewerber festlegen zu können. Diese Feststellung wird auch nicht dadurch entkräftet, daß bei etwaiger Unwirksamkeit der Kundenschutzabrede infolge gesetzlicher oder behördlicher Bestimmungen die Gültigkeit des Kaufvertrages nicht berührt werden soll, denn diese Vertragsbestimmung verstößt gegen Treu und Glauben. Wollte man anderer Ansicht sein, so wäre die unhaltbare Folge, den Händler am Kaufvertrag festzuhalten, ohne daß der Hersteller gebunden ist, die für den Händler sehr maßgebende Vereinbarung über den Kundenschutz einzuhalten.

d1) Die Ausnahme bei Zubehörteilen

Eine Ausnahme von dieser Verhinderungspflicht besteht in den Fällen, in denen der Hersteller an einen außerhalb des Bezirkes des Begünstigten liegenden Wiederverwender die Vertragsware liefert, der diese als Zubehörteile in von ihm hergestellte Maschinen einbaut und sie dann in das geschützte Gebiet vertreibt. Mit dem Einbau verliert - absatzwirtschaftlich gesehen - der einzelne Gegenstand seine Selbständigkeit und unterfällt nicht mehr der Kundenschutzklausel. Eine solche Auslegung ergibt sich besonders dann, wenn der Hersteller in großem Umfang Waren an den Weiterverarbeiter liefert, und dieser auch andere als die Vertragswaren vom Hersteller bezieht. In diesem Fall würde letzterer die gesamte Kundenverbindung zu diesem Weiterverarbeiter verlieren, wenn dieser daran interessiert ist, seine Produkte in dem Bezirk des Alleinverkaufsberechtigten zu vertreiben, obwohl gerade die Eigenschaft als Zulieferer für andere Hersteller bei Zubehörteilen erzeugenden Unternehmern überwiegt, während die Belieferung des Handels nur ein Annex ist.

Diese Ausnahme gilt auch, wenn der Weiterverarbeiter die Teile nicht einbaut, sondern als Ersatzteile den in den geschützten Bezirken liegenden Vertretungen zur Verfügung stellt. Es ist besonders in der Automobilbranche üblich, daß die Hersteller ihren Vertretungen zentral von den Zulieferern gefertigte Ersatzteile zuschicken. Zwar besteht die Möglichkeit, die Materialien auch von anderer Seite als vom Stammwerk zu beziehen, also sie auch vom Alleinverkaufsberechtigten zu erwerben, aber es entspricht einer allgemeinen Übung der Automobilbranche, daß die Hersteller ihre Vertretungen auch mit fremdbezogenen Materialien beliefern. Wenn derartige Lieferungen durch das Herstellerunternehmen von der Kundenschutzklausel verboten sein sollen, dann bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in dem Vertragswerk. Wenn dieses Verbot notwendiger Bestandteil der Kundenschutzklausel wäre, liefe der Hersteller Gefahr, daß er - was regelmäßig bei

Abschluß der Klausel dem Eigenhändler erkennbar sein wird - seine guten Geschäftsbeziehungen zu den weiterverarbeitenden Unternehmen aufs Spiel setzen würde; denn gerade große, alle Gebiete umfassende und versorgende Produzenten wie z.B. die Automobilhersteller sind an einem geordneten Kundendienst interessiert, der aber nur gewährleistet ist, wenn die Ersatz- und Zubehörteile vom Werk einheitlich bezogen werden.

c) Die Unterstützungsspflicht des Herstellers

Der Hersteller hat den alleinverkaufsberechtigten Eigenhändler bei seinen Bemühungen um Geschäftsabschlüsse zu unterstützen, indem er ihm Unterlagen, über die gewöhnlich nur der Hersteller verfügt, an die Hand gibt. Hierbei wird es sich i.d.R. um Muster und Zeichnungen handeln. Außerdem hat er dem Eigenhändler die Nachrichten zukommen zu lassen, die für eine erfolgreiche Verkaufstätigkeit erforderlich sind. Weitere Förderungspflichten hat der Hersteller nicht.

aa) Die Aufrechterhaltung der Produktion

Insbesondere ergibt sich aus der Kundenschutzklausel keine Pflicht des Herstellers zur ständigen Erzeugung der Vertragsware. Nur für die Dauer der Fertigung gilt der Kundenschutz. Der Produzent bleibt in seiner wirtschaftlichen und betrieblichen Disposition (Produktionswechsel, Geschäftseinstellung, Geschäftsveräußerung) frei. Vertragswidrig ist die Einstellung der Produktion nur dann, wenn sie wirtschaftlich nicht geboten ist und aus dem Gesichtspunkt der dem Hersteller obliegenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Alleinverkäufers willkürlich erscheint. Wirtschaftliche Vorteile vermögen Maßnahmen, die dem Eigenhändler derartige Nachteile bereiten, wie sie durch die Einstellung der Erzeugung von kostspielig eingeführten Artikeln entstehen, nicht allein zu rechtfertigen, sondern es muß ein wirtschaftlicher Zwang dazu führen. Grundsätzlich tritt durch den Kundenschutz aber keine derartige Verflechtung der Interessen der Beteiligten ein, daß der Hersteller seine wirtschaftlichen Pläne nur unter Berücksichtigung und Wahrung der Interessen des Alleinverkäufers ausführen darf.

Vor Schädigung durch Rückgang der Geschäftsabschlüsse, der daraus folgt, daß der Eigenhändler die Vertragsware nicht mehr vertreiben kann, und dadurch die Kunden zu anderen ähnliche Güter vertreibenden Händlern überwechseln, will der Kundenschutz nicht schützen. Der dann unvermeidliche Nachteil, der darin besteht, daß die Einführungs- und Betreuungskosten, die der Eigenhändler für die Vertragsware aufgewendet hat, sich noch nicht entsprechend rentiert haben, soll nicht durch die Kundenschutzvereinbarung auf den Hersteller in dieser Weise abgewälzt werden. Nur solange die Vertragsware hergestellt und in den Verkehr zur Versorgung der Verbraucher gebracht wird, hat die Klausel ihre Bedeutung. Jedoch ist der Hersteller gehalten, ausreichende Zeit vor Einstellung oder Reduzierung der Produktion dem Eigenhändler dies mitzuteilen, um ihm die notwendigen Dispositionen zu ermöglichen.

bb) Die Lizenzvergabe

Etwas anderes hat aber dann zu gelten, wenn der Hersteller einem Dritten mittels Lizenzvertrages oder Vereinbarungen über das know-how Herstellungsrechte und Vertriebsrechte ¹⁾ einräumt. In diesem Fall bleibt die Ware auf dem Markt. Der Hersteller kann sich nicht von seiner Verpflichtung, dem Eigenhändler den Verkauf an bestimmte Kundenkreise ausschließlich zu überlassen, durch Vergabe einer Lizenz teilweise (wenn er weiterhin neben dem Lizenznehmer die Ware herstellt) oder vollständig (wenn er die Erzeugung allein dem Lizenznehmer überläßt) befreien, zumal er selbst wirtschaftlich durch die Lizenzgebühr noch weiter am Absatz der Vertragsware beteiligt ist, für die der Eigenhändler vorher wichtige Schrittmacherdienste geleistet hat. Das dem Hersteller auferlegte Konkurrenzverbot, das eine Gegenleistung des Herstellers für die Aufwendungen des Eigenhändlers bei der Einführung und Marktpflege der Vertragsware ist, gebietet zwar nicht einen vollständigen Ausschluß eines Lizenzvertrages, jedoch

1) Also alle Benutzungsarten des § 6 PatG.

verlangt es, daß keine unbeschränkte Lizenz verteilt wird, sondern daß der Lizenznehmer gebunden wird, seinerseits dem Alleinverkaufsberechtigten für die vom Lizenznehmer erzeugten Waren ein solches Recht einzuräumen. Dazu wird eine nach § 9 PatG zulässige örtliche Beschränkung der Lizenz mit dem Inhalt, in einem bestimmten Bezirk nur den Alleinverkaufsberechtigten zu beliefern, dann ausreichend sein, wenn der Lizenzgeber nur relativen Gebietsschutz schuldet. Ebenso wie der Lizenzgeber den Lizenznehmer oder die Verwendungsart der Lizenz bestimmen kann, darf er im Rahmen des Schutzbereiches des Patents auch festlegen, an wen die geschützten Erzeugnisse verkauft werden dürfen und an wen nicht ^{1) 2)}. Nicht genügen wird diese dingliche Beschränkung der Lizenz, wenn der Lizenzgeber absoluten Gebietsschutz schuldet; denn wenn der Lizenznehmer die Waren, deren Vertrieb ausschließlich dem Eigenhändler zugesagt ist, an Dritte außerhalb des Bezirkes geliefert hat, so ist die geschützte Ware rechtmäßig in Verkehr gebracht und damit patentfrei geworden ³⁾. Die Abnehmer des Lizenznehmers begehen deshalb keine Patentverletzung, wenn sie die Waren nun in den Bezirk des Alleinverkaufsberechtigten liefern ⁴⁾. Aus diesem Grund ist der Lizenzgeber verpflichtet, dem Lizenznehmer schuldrechtlich aufzugeben, die Vertriebsbindung an seine Abnehmer weiterzugeben, d.h.

-
- 1) Für die patentrechtliche Zulässigkeit solcher Beschränkungen in Lizenzverträgen ebenfalls Reimer, § 9 PatG Anm. 10
 - 2) Kartellrechtlich bestehen nach § 20 GWB keine Bedenken. Es handelt sich nicht um eine unzulässige Marktaufteilung, wie Fischer-Lüdecke Nr. 25 meinen, denn nach § 9 PatG zulässige dingliche Beschränkungen unterfallen nicht § 20 GWB. So auch h.M. vgl. FK § 20 Tz 69; Lieberknecht DB 57, 1010; BKA, Tätigkeitsbericht 1959 S. 44. Zu einem Kartell nach § 1 GWB wird eine solche Klausel erst, wenn auch der Lizenzgeber bestimmte Bindungen bezüglich der Marktbehandlung eingeht. S. auch unten S. 99 f.
 - 3) So BGHZ 2, 268; Reimer § 6 PatG Anm. 87
 - 4) Ebenso auch Rasch, Der Lizenzvertrag S. 90

Über die Bezirkslizenz hinaus muß es der Lizenznehmer im Lizenzvertrag übernehmen, seinen Abnehmern die Verpflichtung aufzuerlegen, nicht in den Kundenbereich zu liefern, den der Lizenzgeber dem Alleinverkaufsberechtigten vorbehalten hat ¹⁾.

cc) Die Lieferungsmodalitäten

Nach Maßgabe des jeweiligen Händlervertrages besteht für den Hersteller eine Lieferungsspflicht. Beim Sukzessivlieferungsverhältnis, das in aller Regel besteht, hat die Lieferung entweder in zeitlich getrennten, mengenmäßig bestimmten Raten zu erfolgen oder eine vorher in Art und Umfang nicht bestimmte Warenmenge soll je nach Bedarf des Eigenhändlers oder nach den Lieferungsmöglichkeiten des Fabrikanten geliefert werden. Ist in dem Händlervertrag eine Bestimmung über eine dieser Lieferungsarten und über die Höhe der zu liefernden Warenmenge nicht enthalten, so entsteht die Frage, ob nicht aus der Kundenschutzabrede sich eine bestimmte Ausgestaltung herleiten läßt.

ad) Rechtslage beim integrierten Eigenhändler

Beim integrierten Eigenhändler ist der Produzent Herr des gesamten Absatzweges. Trotz der Unterstützungspflicht des Herstellers ist dieser wegen des von ihm allein zu meisternden Absatzrisikos aus wirtschaftlich beachtlichen Gründen wie Materialknappheit, Marktregulierung, Bevorzugung von Großabnehmern oder

1) Die kartellrechtliche Zulässigkeit einer schuldrechtlichen Weitergabeverpflichtung nach § 20 GWB ist umstritten. Lieberknecht DB 57, 1012; Baumbach-Hefermehl § 20 GWB Rdnr. 11 verneinen die Zulässigkeit, weil sich die Bindungen Dritter auf nicht mehr geschützte Güter beziehen und deshalb über den Rahmen des Schutzrechtes i.S. des § 20 I GWB hinausgehen. FK § 20 Tz 70 ist der Meinung, daß auch diese Bindung des Lizenznehmers im Inhalt des Schutzrechtes begründet liegt und somit zulässig ist. Mit Müller-Gries §§ 20, 21 Rdnr. 7, 8 ist eine solche Bindung dann nicht als nach § 20 GWB unzulässig anzusehen, wenn technische und kaufmännische Gründe eine solche Verpflichtung erfordern. Da bei Unzulässigkeit eine Lizenzvergabe wegen der dann ungeschützten Rechte des Alleinverkaufsberechtigten ausgeschlossen ist, muß man hier eine solche kaufmännische Notwendigkeit anerkennen. Das BKA hilft in diesen Fällen über die Ausnahmeerlaubnis nach § 20 III GWB. Vgl. dazu Völp BB 60, 761

Unsicherheit der Kunden des integrierten Eigenhändlers berechtigt, dem Eigenhändler nur soviel Waren zu überlassen, wie es betriebswirtschaftliche Gründe zulassen, und wie der Händler zu verkaufen nachweisen kann. Dies gilt auch dann, wenn der Eigenhändler verpflichtet ist, allein beim Hersteller seine Waren zu beziehen. Vertragswidrig handelt der Unternehmer nur, wenn er willkürlich den Eigenhändler in seinen Geschäften behindert, etwa wenn er lediglich deswegen die angeforderte Liefermenge ablehnt, weil er dem Eigenhändler die weitere Tätigkeit verleiden will, oder wenn er sie verweigert, ohne überhaupt die Möglichkeit erfolgreicher Durchführung der Geschäfte zu prüfen.

b1) Rechtslage beim kooperativen Eigenhändler

Beim kooperativen Eigenhändler besteht für den Produzenten die Pflicht, die jeweils abgerufene Menge zur Verfügung zu stellen¹. Neben den hohen Aufwendungen, die in der Erwartung gemacht werden, daß sie zu entsprechenden Geschäftsabschlüssen führen und entsprechenden Verdienst bringen, steht das Risiko für den Absatz an den Endverbraucher, also das Interesse an der Aufrechterhaltung der Kundenverbindung. Beim kooperativen Eigenhändler ist deshalb der Gesichtspunkt entscheidend, daß die berechtigten Erwartungen auf den Erfolg seiner Arbeit den entsprechenden Schutz verdienen. Dies ist nur gewährleistet, wenn der Hersteller den Anforderungen des Alleinverkäufers auf jeden Fall nachkommen muß. Insoweit kann dieser vom Hersteller auch eine bevorzugte Lieferung verlangen²⁾, allerdings nicht vor anderen Alleinverkäufern. Begrenzt werden seine Anforderungen jedoch auf die Höhe, die bei Vertragsschluß vorauszusehen war. Hat sich der Bedarf in einem Umfang erhöht, der von den Parteien nicht vorhergesehen war, so kann von dem Fabrikanten eine Produktionssteigerung nicht verlangt werden, da er in seiner

1) Stumpf, Kundenschutz S. 15 spricht von Kontrahierungszwang des Herstellers

2) A.A. aber Stumpf a.a.O. S. 15

betriebswirtschaftlichen Disposition frei bleibt, besonders deshalb, weil Mehrerzeugung i.d.R. kostspielige Umstellungen der gesamten Produktion zur Folge hat.

d) Die Unterlassenspflicht des Eigenhändlers

Dem Alleinverkaufsrecht des Eigenhändlers steht i.d.R. die im Händlervertrag ausdrücklich festgelegte Pflicht gegenüber, seinen tatsächlichen Bedarf an Waren der im Vertrag bestimmten Art ausschließlich beim Kundenschutz gewährenden Hersteller zu decken (gegenseitiger Alleinvertriebsvertrag). In einer Vielzahl von Händlerverträgen ist sogar dem Händler aufgegeben, neben dieser Alleinbezugspflicht in genau bezeichneten Zeiträumen Mindestmengen abzunehmen, oder aber es ist dem Hersteller das Recht eingeräumt, von Fall zu Fall die Stückzahl zu bestimmen, die der Eigenhändler abnehmen muß ¹⁾.

Wenn die Absatzbindung des Herstellers und die Alleinbezugspflicht des Eigenhändlers auch meistens vertraglich gegenseitig festgelegt sind ²⁾, so erhebt sich die Frage, ob sie sich notwendig einander bedingen, ob also der Hersteller auch ohne vertragliche Vereinbarung aufgrund der Kundenschutzklausel verlangen kann, daß der Eigenhändler den Verkauf von Konkurrenzprodukten unterläßt. In der Literatur wird eine solche Bindung des Eigenhändlers bejaht, da sonst ein schwerwiegender Kollisionsgrund vorliege ³⁾, der das Gleichgewicht der beiderseitigen Vertragsleistungen verschieben würde ⁴⁾.

1) Nach Eudczies Diss. S. 8 ist diese fakultative Abnahmeverpflichtung in der Automobilbranche vorherrschend. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus § 315 BGB. Vgl. v. Brunn, Händlerverträge S. 63; RGZ 103, 414

2) Vgl. Schwartz in GK § 18; Beier GRUR AT 64, 84, 98

3) So Rittner MA 65, 98

4) So Langen § 18 GWB Tz 15

aa) Die Rechtslage beim integrierten Eigenhändler

Der integrierte Eigenhändler ist aufgrund seiner besonderen Stellung gegenüber dem Hersteller auch bei Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Ausschließlichkeitsbindung verpflichtet, keine Konkurrenzzeugnisse zu verkaufen, wenn durch diese Konkurrenzttätigkeit der Absatz der Produkte des Herstellers beeinträchtigt wird. Dabei kommt es nicht auf die Art der Förderung fremden Absatzes an; sowohl unmittelbare Absatzttätigkeit zugunsten eines Mitbewerbers des Herstellers als auch jede sonstige Begünstigung etwa durch Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen (auch durch Strohmann) sind ihm verboten. Aus der Funktion des alleinverkaufsberechtigten integrierten Eigenhändlers, die darin besteht, dem Hersteller in einem bestimmten Bezirk oder bei bestimmten Kunden Hilfe bei der Gewinnung und Versorgung von Geschäftspartnern zu leisten, und aus seiner Stellung als ein in die werkseigene Absatzorganisation des Herstellers integriertes Verkaufsorgan, das mit dem Hersteller eine Wettbewerbseinheit bildet und zur bevorzugten Interessenwahrung verpflichtet ist, ist zu entnehmen, daß der Hersteller nicht gehalten ist, innerhalb seiner eigenen Absatzorganisation sich Wettbewerb zu schaffen. Die exponierte Stellung, die der Eigenhändler für seinen Kundenkreis durch die enge Werbeverbindung ¹⁾ mit dem Hersteller erlangt hat, kann er nicht dazu benutzen, "Rosinengeschäfte" mit Konkurrenzwaren zu machen. Der alleinverkaufsberechtigte integrierte Eigenhändler ist Treuhänder des Herstellers für den ihm geschützten Kundenkreis; den vollen Gegenwert für diese Stellung erbringt er erst, wenn er den Absatz des Treugebers bestmöglich fördert. Dies ist ihm aber nicht möglich, wenn er zugleich Konkurrenzprodukte absetzen will ²⁾.

1) Vgl. dazu den Franchisehändler. Ähnlich wie hier Engbrecht v. Dairy Queen Co. of Mexiko, Missouri, 203 F. Supp. 714 (D.C.D.Kan. 1962); Susser v. Carvel Inc., 206 F. Supp. 636 (D.C.S.D.NY 1962)

2) Vgl. auch die h.M. zum Wettbewerbsverbot des Handelsvertreter. Siehe BGH BB 58, 425; 63, 448; Schröder in Schlegelberger § 86 Anm. 40 ff.

Der integrierte Eigenhändler kann sich nicht darauf berufen, durch Übernahme einer Konkurrenzware bessere Kontaktmöglichkeiten zu erhalten, denn es ist nicht wahrscheinlich, daß durch das Angebot ähnlicher, austauschbarer Erzeugnisse ein zusätzlicher Nachfragebereich geschaffen wird. Zum anderen bleibt die Gefährdung der Absatzinteressen des Herstellers, da der Eigenhändler die Konkurrenzprodukte nicht nur den neuen, sondern auch den alten Kunden anbietet. Auch der Gesichtspunkt, daß der Hersteller mit seinen Artikeln den Bedarf nur unvollständig decken kann ¹⁾, spricht nicht dafür, daß der integrierte Eigenhändler auch andere Waren anbieten können muß. Da dieser Händlertyp nicht wie der normale Umsatzhändler Mittler zwischen Angebot und Nachfrage ist, sondern nur die Belange des Herstellers in dem ihm zugewiesenen Absatzgebiet zu vertreten hat, spielt das eventuelle Interesse der Nachfrage nach einem umfassenden Sortiment keine Rolle. Der alleinverkaufsberechtigte integrierte Eigenhändler hat also keinen Anspruch dahin, aus seinem Sortiment auf jeden Fall irgendetwas verkaufen zu können.

bb) Die Rechtslage beim kooperativen Eigenhändler

Die besondere Verbindung als Geschäftsbesorger fehlt beim kooperativen Eigenhändler; er trägt das Risiko des Absatzes an den Endverbraucher selbst. Darum will und kann er sich nicht ohne weiteres für länger auf den Verkauf nur einer bestimmten Ware an seinen Kundenkreis festlegen. Die ständige bevorzugte Lieferung durch den Kundenschutz gewährenden Hersteller kann keine solche Treuepflicht herbeiführen. Gerade der kooperative Eigenhändler will auf die marktwirtschaftlichen Vorteile aus dem Wechselspiel von Angebot und Nachfrage nicht verzichten, zu dem auch die Beziehungen zu mehreren Lieferanten gehören ²⁾. Sonst hätte er

1) Mit diesem Argument will Birkhahn BB 61, 1353 das Wettbewerbsverbot für den Handelsvertreter ablehnen. Dagegen Leo BB 62, 1106; v. Brunn AcP 163, 508

2) Ähnlich BGH GRUR 63, 202

nicht mehr die Möglichkeit, sein Absatzrisiko dadurch zu meistern, daß er die Erzeugnisse eines solchen Herstellers verträgt, der ihm die günstigsten Lieferbedingungen einräumt. Allein durch die Kundenschutzklausel ist der kooperative Eigenhändler nicht gehindert, seinem durch den Alleinvertrieb erworbenen Kundenkreis auch Konkurrenzzeugnisse anzubieten ^{1) 2)}. Ein Wettbewerbsverbot wird nur dann anzunehmen sein, wenn ein angemessener Absatz der Vertragsware durch den Eigenhändler nicht gewährleistet ist, weil z.B. die technischen oder finanziellen Mittel nicht ausreichen, um sich mehreren Artikeln zur gleichen Zeit zu widmen.

e) Die Tätigkeitspflicht des Eigenhändlers

Eng verbunden hiermit ist die Frage nach der Verpflichtung des Eigenhändlers zum Tätigwerden bei der Absatzförderung der Waren des Herstellers in seinem Kundenkreis. In der Literatur vertritt Rittner ³⁾ den Standpunkt, daß dem Händler keine Vertriebspflicht obliege, während Stumpf ⁴⁾ ihn für verpflichtet hält, sich für den Absatz an die geschützten Kunden einzusetzen. Auch hier soll wieder zwischen integriertem und kooperativem Eigenhändler unterschieden werden.

aa) Die Rechtslage des integrierten Eigenhändlers

Der alleinverkaufsberechtigte Eigenhändler hat in seinem Schutzbereich mehr als andere Hilfsgewerbetreibende die Pflicht, durch seine Tätigkeit den Absatz des Herstellers zu fördern ⁵⁾. Er schuldet in diesem Bereich ständige Marktbeobachtung

1) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 331

2) So ist auch bei der ausschließlichen Lizenz für den Lizenznehmer ein Wettbewerbsverbot nicht ohne weiteres anzunehmen. Vgl. Benkard § 9 PatG Anm. 26; Spengler GRUR 64, 432; a.M. aber Ludecke-Fischer E 23; Möhring, Lizenzvertrag S. 413

3) Rittner MA 65, 102

4) Stumpf, Kundenschutz S. 11

5) So auch die h.M. beim Alleinauftrag des Maklers vgl. BGH BB 66, 475; Rust MDR 57, 206

und Pflege der Kundenbeziehungen, um dadurch Geschäftsabschlüsse zu erreichen. Als Treuhänder des Herstellers muß er möglichst jedes Geschäft tätigen. Eine Grenze bildet nur seine Stellung als selbständiger Unternehmer. Soweit aber aus dem mit dem Kunden abzuschließenden Kaufvertrag sein Interesse auf Erlangung des Kaufpreises gesichert ist ¹⁾, wird er im Interesse der Absatzförderung andere persönliche Gründe zurückstellen müssen.

bb) Die Rechtslage des kooperativen Eigenhändlers

Auch den kooperativen Eigenhändler trifft die Pflicht, für die Erhaltung und Erhöhung des bisher in seinem Bezirk erzielten Umsatzes seine ganze Tätigkeit einzusetzen ²⁾. Wenn der Hersteller Waren an den Eigenhändler geliefert hat, so ist es ihm keineswegs gleichgültig, ob der Alleinverkäufer die Waren in seinem Lager verkommen läßt, oder ob er sich mit aller Kraft bemüht, diese Waren zu verkaufen. Es ist wichtig für den weiteren Absatz des Herstellers, daß sein Unternehmen und seine Produkte durch Verkauf bekannt werden. Die Zusicherung, nur über einen Händler zu vertreiben, begründet für den Hersteller die Erwartung, daß jener - von der Unsicherheit des Wettbewerbs in seinem Bereich befreit - sich umso intensiver um erfolgreichen Absatz bemühen wird, zumal der Hersteller sich jeder Möglichkeit begibt, mit dem besagten Kunden Kontakt aufzunehmen. Dabei muß er soviel Waren von dem Hersteller beziehen wie er absetzen kann. Diese Bezugspflicht entfällt, wenn

-
- 1) Da der Eigenhändler auf eigene Rechnung abschließt, kann er auf diese Sicherstellung verzichten. Dies gilt auch, wenn der Hersteller unter Eigentumsvorbehalt liefert. A.A. insoweit Stumpf S. 12
 - 2) Nach h.M. (vgl. Reimer § 9 PatG Anm. 55 m.w.N.) hat auch der Lizenznehmer bei ausschließlicher Lizenz (vgl. Verlagslizenz gem. § 1 S. 2 VerlG) eine unbeschränkte Ausübungspflicht. A.A. ist Rasch, Der Lizenzvertrag S. 55. Seinem Argument, der Lizenznehmer sei der "Unternehmer" und dessen Kalkulationsmöglichkeit sei der Vorrang zu geben vor den Interessen des Lizenzgebers an der Ausübung, ist entgegenzuhalten, daß der Nehmer vor Abschluß des Lizenzvertrages seine Kalkulation vorzunehmen hat, und der Geber vor willkürlichen Entscheidungen des Nehmers geschützt sein will.

er keinen Absatz mehr hat. Der Mangel an Absatz ist ein wichtiger Grund zur Auflösung des Kundenschutzverhältnisses ¹⁾. Aus der allgemeinen Vertriebspflicht ergibt sich für den Fall, daß der Eigenhändler mehrere austauschbare Waren verschiedener Hersteller vertreibt, die Pflicht, die Produkte seines Vertragspartners bevorzugt zu behandeln, indem er sie zuerst anbietet und besonders für sie wirbt ²⁾. Daraus ergibt sich zwangsläufig die Verpflichtung, sich beim Führen von ähnlichen Gütern nicht von mehreren Herstellern denselben Kundenkreis schützen zu lassen. Zum anderen darf der Eigenhändler dieses Tätigkeitsgebot nicht dadurch umgehen, daß er Preise und Lieferbedingungen (Ausschluß der Gewährleistung, Freizeichnungsklauseln) derart festsetzt, daß der Kunde von vornherein abgeschreckt wird.

f) Der Kundenschutz nach Ablauf des Händlervertrages

Einer besonderen Erörterung bedarf der Fall, daß der Kundenschutz gerade nach der Beendigung des Händlervertrages gelten soll. Diese Klausel kann einmal zugunsten des Eigenhändlers, zum anderen zugunsten des Herstellers vereinbart werden. Ihr wirtschaftlicher Grundgedanke ist, denjenigen, der einen festen Kundenstamm in das Vertriebsverhältnis mitgebracht hat, vor Wettbewerbshandlungen des anderen Vertragspartners nach Auslaufen des Händlervertrages zu schützen.

aa) Das Wettbewerbsverbot des Herstellers

Wenn der Hersteller einen solchen Kundenschutz verspricht, dann hat er für alle direkt von ihm mit dem geschützten Kundenkreis getätigten Geschäfte eine der Händlerspanne entsprechende Provision zu zahlen, unabhängig davon, ob der zwischen Hersteller und dem Kunden nach Beendigung des Händlervertrages zustandegekommene Geschäftsabschluß auf die Tätigkeit des Eigenhändlers zurückzuführen ist. Ein Kausalitätserfordernis - wie es in § 87

1) Vgl. Würdinger in RGRK-HGB Vorb. 35 vor § 573, § 346, Anm. 16 a.E.

2) Stumpf, Kundenschutz S. 11

Abs. III HGB gefordert wird - besteht nicht. In diesem Falle sind dem Hersteller direkte oder indirekte Geschäfte mit dem Kunden nicht verboten, weil nun Eigenhändler und Hersteller Wettbewerber um diesen sind, und mit der Provisionszahlung der Zweck dieser Abrede, ein Entgelt für die Einführung der Waren bei dem geschützten Kunden zu zahlen, erreicht ist. Der Kundenschutz soll den Eigenhändler nicht dazu in die Lage versetzen, den Kunden nun für Konkurrenzwaren zu gewinnen, sondern er ist Gegenleistung dafür, daß er dem Hersteller Kunden zugänglich gemacht hat. Dieser Vermögenswert bedarf des Ausgleichs, der in der Provisionszahlung ausreichend hergestellt ist. Weitere Tätigkeits- und Unterlassungspflichten bestehen auf beiden Seiten nicht mehr.

Problematisch ist bei dieser Klausel die Bestimmung ihrer Geltungsdauer. Hierbei wird der Gedanke des § 87 Abs. III HGB, daß Provisionsansprüche nach Beendigung des Absatzmittlerverhältnisses nur innerhalb einer angemessenen Frist entstehen sollen, zu berücksichtigen sein. Diese Gesetzeswertung entspricht der wirtschaftlichen Interessenlage, die unter anderem eine interessen-gerechte, aber auch beschleunigte Abwicklung der Vertragsbeziehungen verlangt ¹⁾. Der Kundenschutz soll den Eigenhändler für Nachteile des Kundenverlustes entschädigen, ihm aber nicht auf Jahre hinaus einen Provisionsanspruch gewähren. Hierfür spricht auch der weitere Gedanke, daß der Kundenschutz auch Gegenleistung für erbrachte und noch zu erbringende Absatzleistungen ist. Der Eigenhändler schuldet aber keine Gegenleistung mehr, so daß der Kundenschutz dann entfällt, wenn die durch die Absatzleistungen ermöglichten Vorteile des Herstellers durch die Provisionszahlungen kompensiert erscheinen. Steht dem Kundenschutz keine echte Gegenleistung mehr gegenüber, so endet er.

Was im Einzelfall als angemessene Zeit anzusehen ist, richtet sich im wesentlichen nach Art und Inhalt der abzuschließenden Geschäfte. Bei Serienartikeln des täglichen Bedarfs, bei denen

1) Schröder in Schlegelberger § 87 Anm. 47; Baumbach-Duden § 87 Anm. 46

die Vorbereitung des Geschäftes eine kurze Zeit dauert, wird sie relativ kurz sein und im Höchstfall zwei Jahre nicht überschreiten¹⁾. Sie wird bis zu fünf Jahren dauern können bei solchen Artikeln und Anlagen, die einen beträchtlichen Wert haben und in Spezialanfertigung erstellt werden.

bb) Das Wettbewerbsverbot des Eigenhändlers

Üblich in der Wirtschaftspraxis sind auch die Fälle, daß der Eigenhändler für die Zeit nach Ablauf des Händlervertrages die Verpflichtung übernimmt, Konkurrenzwaren nicht an bestimmte Kundenkreise zu verkaufen. Dann ist ihm untersagt, als Händler oder als Handelsvertreter tätig zu werden. Das Wettbewerbsverbot umfaßt i.d.R. nicht nur die Kunden, die der Hersteller zu Beginn des Vertragsverhältnisses dem Eigenhändler bekanntgegeben hat, sondern auch die während der Laufzeit des Vertrages erworbenen Kunden, denn der Kundenschutz für den Hersteller bedeutet zugleich auch eine Sicherung davor, daß der Eigenhändler die Kunden, die er nicht zuletzt auch durch den goodwill des Warenherstellers und andere Verkaufshilfen erworben hat, die sich gerade in der Person des kooperativen Eigenhändlers zu einer Werbeeinheit verschmolzen haben, für Konkurrenzprodukte gewinnt²⁾. Das Wettbewerbsverbot ist aber nur insoweit verbindlich, als es zum Schutze eines berechtigten Interesses des Herstellers dient. Es entfällt daher, wenn dieser nachträglich seine Produktion einstellt. Für den Fall der Zuwiderhandlung wird regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des Umsatzgeschäftes festgelegt, da es schwierig sein wird, einen Schaden im Einzelfall nachzuweisen.

Für diese Wettbewerbsabrede wird man nicht analog § 90 a Abs. I Satz 1 HGB die Schriftform verlangen müssen.

1) Vgl. Gutachten der IHK Berlin, in CDH, Handelsbrauch Nr. 221, das für einzelne Branchen diese Übung nachweist.

2) Vgl. den Rechtsgedanken in § 90 HGB

Der Schutzzweck dieser Bestimmung, vor Übereilung zu warnen, erfordert seine Anwendung nicht auf den Eigenhändler, der in der Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung und seiner Wirtschaftslage wegen seiner zahlreichen Geschäftsbeziehungen mit anderen Herstellern freier und erfahrener ist als der Handelsvertreter. Auch das Gebot der bezahlten Karenz nach § 90 a Abs. I Satz 3 HGB ist selbst auf den integrierten Eigenhändler nicht generell zu erstrecken, da der soziale Fürsorgecharakter des Handelsvertreterrechts nur dann zutrifft, und auch von einer einseitigen, ohne angemessene Entschädigung gebliebenen ¹⁾ Bindung nur gesprochen werden kann, wenn der Eigenhändler im Einzelfall seinem wirtschaftlichen Erscheinungsbild nach dem Handelsvertreter vergleichbar, insbesondere im gleichen Maße schutzbedürftig ist ²⁾.

Das Wettbewerbsverbot darf den Verpflichteten in der Ausübung seines Gewerbes zeitlich nicht übermäßig beschränken ³⁾. Das bedeutet, daß die Beschränkung auf keinen Fall über die schutzwürdigen Interessen des durch das Wettbewerbsverbot Berechtigten hinausgehen darf. Der Hersteller kann die Ausschaltung des Eigenhändlers nicht für längere Zeit fordern, als ihm durch den Eigenhändler eine Konkurrenz droht. Als äußere Grenze erscheint die in § 90 a Abs. I Satz 2 HGB gesetzte Frist von 2 Jahren sowohl für den integrierten wie kooperativen Eigenhändler angemessen.

g) Der Objektschutz

Besonderer Erwähnung bedarf noch der Fall, daß einem Eigenhändler für ein einziges Geschäft Kundenschutz gewährt wird ⁴⁾. Dieser Fall kommt in der Praxis dann vor, wenn ein Wiederverwender

1) Dies ist der Grundgedanke der Karenz nach § 90 a Abs. I Satz 3 HGB. Vgl. aml. Begründung des Regierungsentwurfs zur Novelle des HGB von 1953, BT-Drucksache Nr. 3856 S. 38

2) Vgl. dazu insbesondere die zweite Alternative des § 75 b HGB

3) So auch der BGH BB 57, 202 für den Fall des nach § 242 BGB bestehenden Wettbewerbsverbotes für den Verkäufer eines Gewerbebetriebes

4) Vgl. OLG Karlsruhe BB 56, 61

eine einmalige kostspielige Spezialanfertigung zu kaufen wünscht. Wegen seiner besonderen Sachkenntnis oder seiner Vertrauensstellung zu diesem Käufer bekommt der Eigenhändler durch Gewährung von Kundenschutz für dieses Geschäft (Objektschutz ¹⁾) einen Anreiz dafür, den Kunden für den Ankauf der Erzeugnisse des Herstellers zu gewinnen. Der Hersteller will den Eigenhändler ganz besonders interessieren und ihn veranlassen, weder Arbeit noch Kosten für den Geschäftsabschluß zu scheuen. Der Eigenhändler wird die Verpflichtung zu gesteigerter Tätigkeit nur übernehmen, wenn er mit großer Wahrscheinlichkeit auf einen auf einen Erfolg rechnen kann. Mangels näherer Bestimmung wird bei Erteilung des Objektschutzes die Ursächlichkeit als Voraussetzung für die Entstehung des Vermittlerlohnes in Form der Handelsspanne nicht gefordert werden können. Zwar wird sich der Hersteller nicht verpflichten wollen, seine eigene Tätigkeit bzw. die Tätigkeit anderer Händler auszuschalten; aber er will auf jeden Fall dem Eigenhändler die Handelsspanne zahlen, auch wenn die Ursächlichkeit seiner Tätigkeit für den Abschluß nicht vorliegt. Unterbleibt das Geschäft infolge des Verhaltens des Herstellers, so ist entsprechend § 87 a Abs. III HGB dem Eigenhändler dennoch die Handelsspanne zu zahlen.

Der Objektschutz kommt weitgehend dem Alleinauftrag des Maklers ²⁾ nahe, so daß die §§ 652 ff. BGB entsprechend anwendbar erscheinen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Handelsspanne besteht auch dann, wenn der Hersteller selbst den Vertrag nach Ablauf des Objektschutzes abschließt, aber das Tätigwerden des Eigenhändlers während des Objektschutzes nachträglich kausal wird, denn dieser Anspruch des Eigenhändlers hängt nicht davon ab, daß der Erfolg der Tätigkeit schon während der Dauer des Objektschutzes eintritt ³⁾. Das gleiche gilt auch in den Fällen, in denen der Hersteller den Objektschutz

1) So Stumpf a.a.O. S. 20

2) Vgl. dazu ausführlich Dyckerhoff-Rinke, Immobilienmakler S. 109 ff. 121 ff. mit zahlreichen Fallgestaltungen.

3) Ähnlich in § 652 BGB, vgl. BGH NJW 65, 964; 66, 2008

kurzfristig widerrufen kann, denn sonst könnte der Hersteller den Anspruch dadurch vereiteln, daß er den Geschäftsabschluß bis nach Ablauf der Schutzzeit verzögert.

Ein auf unbestimmte Zeit gewährter Objektschutz gilt nur für angemessene Zeit, da nicht anzunehmen ist, daß die Zusicherung unbeschränkt dauern soll. Was angemessen ist, richtet sich danach, wie lange für den Kunden die Dispositionszeit für das Projekt zu veranschlagen ist. Die Dauer von einem halben Jahr ist aber die Höchstgrenze.

4) Die Dauer des Kundenschatzes

a) Der Beginn des Kundenschatzes

Gerade in den Fällen, in denen die Vertragsware schon auf dem Markt verkauft wird und dann Kundenschutz vereinbart wird, ist der Beginn des Kundenschatzes oft zweifelhaft. Die Frage ist, ob trotz der bei anderen Händlern vorhandenen Posten dem Eigenhändler sofort das Alleinverkaufsrecht zustehen soll, oder ob der Hersteller ab jetzt verpflichtet sein soll, künftighin nicht mehr an andere Händler ohne entsprechende Vertriebsbindung zu liefern. Für die erste Auslegungsmöglichkeit spricht § 271 Abs. I BGB, so daß man die Kundenschutzabrede und den Händlervertrag als nach §§ 306, 266, 139 BGB nichtig ansehen könnte ¹⁾, wenn noch Warenbestände bei anderen Händlern bestehen. Der Sinn des Kundenschatzes, dem Eigenhändler für seine besonderen Bemühungen eine Gegenleistung zu gewähren, legt diese Auslegung aber nicht nahe, denn die besonderen Anstrengungen des Eigenhändlers werden nicht sofort in Geschäftsabschlüssen erfolgreich, sondern erst nach einiger Zeit, in der die Warenbestände bei anderen Händlern abgebaut sein dürften. Erst wenn Erfolge eintreten, und der Händler als exklusiver Vertreter des Herstellers erscheint, ist gewährleistet, daß kein Absatzrückgang eintritt. Der Kundenschutz umfaßt also nicht die bei Abschluß der

1) So aber DLG Dresden Sächs. Archiv 1908, 61

Vereinbarung beim Handel vorrätigen Waren. Allerdings wird bei riesigen Lagerbeständen, die nicht in kurzer Zeit abgebaut werden, der Alleinverkaufsberechtigte nicht an der Abrede festgehalten werden können, denn der schnelle Abbau der Bestände bei anderen Händlern ist Geschäftsgrundlage der Kundenschutzvereinbarung.

b) Die ordentliche Beendigung des Kundenschutzes

Die Dauer des Kundenschutzes richtet sich nach der getroffenen Vereinbarung ¹⁾, in Ermangelung einer solchen grundsätzlich nach der Dauer des Händlervertrages ²⁾. Der Kundenschutz ist dem Händlervertrag akzessorisch und findet in diesem seine Grundlage. Er ist wie dieser ein Dauerschuldverhältnis ³⁾, und ist entweder als Nebenpflicht in dem Händlervertrag selbst oder in einem selbständigen Verpflichtungsvertrag als Annex des Händlervertrages begründet. Auch im zweiten Fall bilden beide eine Vertragsbindung ⁴⁾, die eine Geschäftseinheit i. S. des § 139 BGB ist.

aa) Der befristete Kundenschutz

Wenn eine zeitliche Grenze vereinbart ist, so darf diese nicht zu weit hinausgezogen werden. Die 30-Jahresfrist des § 567 BGB ist eine äußerste Grenze, die auf das miet- und pachtähnliche Verhältnis des Alleinverkaufsrechtes anwendbar erscheint. Zu eng erscheint die Grenze des § 624 BGB, denn einmal entspricht wegen der aufzuwendenden Kosten und der langfristigen Planung im Absatzbereich die 5-Jahresfrist nicht den Erfordernissen der gewollten Zusammenarbeit und zum anderen fehlt das Moment der persönlichen sozialen Abhängigkeit, das für die Schaffung der Vorschrift maßgebend war ⁵⁾. Der Zweck des § 624 BGB, allzu starke

1) RGZ 94, 166; 122, 41

2) OLG Stuttgart AWD 59, 16; Koch DB 57, 85

3) Anders Peterek BB 66, 352, der z.T. ein Wiederkehrschuldverhältnis annimmt. Vgl. auch BGH MDR 1959, 1004

4) Zur Vertragsbindung vgl. Wilde in RGRK-BGB Verb. 9 ff. vor § 305

5) Vgl. Duden NJW 62, 1327 f.

Abhängigkeiten zu verhindern, vermag hier nicht einzugreifen, denn selbst der integrierte Eigenhändler bleibt Kaufmann i.S. des § 1 HGB, der als solcher die durch das HGB gewährten erweiterten Rechte und Pflichten hat. Für unsere Wirtschaftsordnung wäre es verhängnisvoll, könnten sich selbständige Unternehmer, die die erweiterten Rechte des HGB für sich in Anspruch nehmen, dann auf Sozialschutz berufen, wenn ihnen die Pflichten lästig würden ¹⁾.

bb) Der unbefristete Kundenschutz

Der unbefristete Kundenschutz läuft zwar auf unbestimmte, aber begrenzbare Zeit. Die Dauer wird durch den Grundsatz von Treu und Glauben ²⁾ und die Umstände des Einzelfalles, insbesondere durch den Gegenleistungsgedanken begrenzt. Dem entspricht es, wenn der Kundenschutz für die Zeit eingeräumt gilt, in der der Verkauf der Vertragsware unter normalen Umständen erfolgen kann. Lediglich solche Umstände, die bei der Vereinbarung nicht vorhergesehen waren und einen ordentlichen Absatz nicht mehr zulassen, wie z.B. eine derartige Umsatzsteigerung, die die Kräfte des Eigenhändlers übersteigt, geben ein Recht zur Kündigung.

Eine Beendigung tritt nicht schon dann ein, wenn während einer angemessenen Zeit kein Geschäft mit dem Kunden zustande kommt. Stumpf ³⁾ stützt seine abweichende Meinung darauf, daß der Verkauf Geschäftsgrundlage des Kundenschutzes sei, und es dem Hersteller nicht zugemutet werden könne, daran festzuhalten, wenn der geschützte Kunde in unangemessen langer Zeit kein Geschäft mehr getätigt habe, obwohl dies nach Art der Erzeugnisse habe erwartet werden können. Jedoch ist der Kundenschutz für jeden späteren Abschluß getroffen, wobei es gleich ist, wie groß die Zeiträume zwischen den Geschäften sind. Die Klausel stellt eine Risiko-

1) Vgl. etwa Würdinger NJW 63, 1551; Heyer NJW 65, 1573 zur Frage der Anwendbarkeit im Handelsvertreterrecht

2) So BGH BB 59, 1116; 63, 110; Baumbach-Duden §§ 373/374
Anm. 2 H; Stumpf, Kundenschutz S. 22

3) Stumpf a.a.O. S. 23; ebenso Koch DWZ 1956, 60

Übernahme des Herstellers dar; denn geschuldet wird vom Eigenhändler nur ein auf Werbung und Kundenbetreuung beruhendes Bemühen um Geschäftsabschlüsse. Der Erfolg ist weder nach § 323 BGB noch nach § 242 BGB Grundlage des Leistungsverhältnisses, sondern Risiko beider Parteien.

cc) Die analoge Anwendung von §§ 87 Abs. III, 89 b HGB

Ob mit der vertraglichen Zusicherung von Kundenschutz zugleich ein Vorteilsausgleich analog § 87 Abs. III HGB oder § 89 b HGB zu gewähren ist, ist keine Frage des Kundenschutzes, denn in diesen Vorschriften liegt keine Erstreckung des Kundenschutzes auf die Zeit nach Vertragsende, sondern nur ein der Billigkeit entsprechender Ausgleichsanspruch, der sich aus den aus der Tätigkeit des Handelsvertreters verbleibenden Vorteilen des Herstellers ergibt, ähnlich dem Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters für den goodwill des Geschäftsunternehmens^{1) 2)}.

Durch die Kundenschutzklausel soll aber das allgemeine unvermeidliche Risiko, das nämlich die Marktarbeit des Eigenhändlers dem Hersteller - so besonders bei Markenartikeln - weiter zugute kommt, während dem Eigenhändler der Gewinn aus Geschäften mit früheren Kunden entgeht, die er bei Fortdauer der Belieferung getätigt haben würde, nicht zulasten des Herstellers beseitigt werden. Dies gilt auch für den integrierten Eigenhändler. Zwar kommt er wirtschaftlich dem Erscheinungsbild des Handelsvertreters nahe; für eine Anwendung von §§ 87 Abs. III, 89 b HGB ist aber auch die soziale Vergleichbarkeit erforderlich³⁾. Dies ist gegeben, wenn der Eigenhändler Pflichten hat, wie sie dem Handelsvertreter z.T. kraft Gesetzes obliegen, z.B. die Pflicht der Überlassung und Bekanntgabe von Kunden sowie Auskunftspflichten und wenn Kontrollrechte seitens des Herstellers bestehen. Des weiteren muß der integrierte Eigenhändler schutzbedürftig sein, d.h.

1) Siehe dazu BGH 17, 136 ; Hueck, Recht der OHG S. 333

2) Vgl. auch den Rechtsgedanken in § 354 HGB

3) So besonders BGH NJW 64, 151

er darf nicht als wirtschaftlich gleichwertiger Partner derart Einfluß auf die vertragliche Ausgleichsregelung haben, daß er diese anstelle der gesetzlichen erzwingen kann.

c) Die außerordentliche Kündigung

Wie bei jedem Dauerschuldverhältnis ist auch bei der Kundenschutzabrede ein nicht ausschließbares Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund gegeben, wenn die Fortführung des Rechtsverhältnisses dem Kündigenden nicht mehr zumutbar ist ¹⁾. Einen wichtigen Grund stellen nicht nur wiederholte Zuwiderhandlungen des Herstellers und des Eigenhändlers gegen die speziellen Pflichten des Kundenschutzes dar, sondern auch Störungen des verstärkten Vertrauensverhältnisses. Da beim Kundenschutz nicht nur ein Güterumsatzgeschäft getätigt wird, sondern auch ein persönliches Vertrauensverhältnis im Spiel ist, berechtigt ein erheblich illoyales oder abwertendes Verhalten einer Partei zur fristlosen Kündigung, wenn ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr zu erwarten ist.

d) Die Beendigung bei Konkursverfahren

Im Falle des Konkurses des Herstellers endet mit dem Sukzessivlieferungsvertrag auch der Kundenschutz. Will der Konkursverwalter nach § 17 KO den Lieferungsvertrag aufrecht erhalten, so ist er allerdings auch weiter an den Kundenschutz gebunden, denn die Kundenschutzklausel ist untrennbarer Bestandteil des Liefervertrages. Ein einheitliches Schuldverhältnis kann aber durch den Konkurs eines Vertragsteils nicht in verschieden zu behandelnde Verpflichtungen aufgesplittet werden ²⁾.

Im Konkurs des Eigenhändlers ist ein Wahlrecht des Konkursverwalters nicht anzunehmen, da dieser nicht über die für den Alleinverkauf wichtigen personen-bezogenen Fähigkeiten und Einsichten des Gemeinschuldners verfügt und nicht imstande ist, in das persönliche Verhältnis einzutreten. § 17 KO ist auf personenbezogene

1) So auch Strumpf S. 24

2) Siehe RGZ 129,230; RG HRR 30, 2175

Leistungsverpflichtungen nicht anwendbar, weil sie unvertretbar sind ¹⁾. § 19 KO findet keine Anwendung, weil der Hersteller ein starkes Interesse daran hat, nur über einen Alleinverkäufer mit gutem Geschäftsruf zu vertreiben ²⁾. Wenn die Kündigung nach § 19 KO aus irgendeinem Grunde unterbliebe, so ergäbe sich das mißliche Ergebnis, daß die noch nicht abgesetzten Waren in die Konkursmasse fielen und daher vom Konkursverwalter zu verwerten wären, obwohl der personenbezogene Kundenschutz beim Gemeinschuldner verbliebe. Aufgrund des besonderen persönlichen und finanziellen Vertrauens ist die Klausel dahin auszulegen, daß der Kundenschutz mit Konkursöffnung enden soll. Gleiches gilt für das Vergleichsverfahren, § 50 Abs. I Vgl O.

e) Der Wechsel in der Person der Beteiligten

Die Frage der Übertragbarkeit des Kundenschutzes spielt für den Fall der Geschäftsveräußerung und des Todes einer der Parteien eine große Rolle. In der Literatur ³⁾ wird in dem Alleinverkaufsrecht ein wesentlicher Bestandteil des Gewerbebetriebes gesehen, ohne den das Geschäft wertlos sei und sich praktisch nicht übertragen lasse. Darum werde bei der Veräußerung des Unternehmens das Alleinverkaufsrecht ohne weiteres mitübertragen.

aa) Die Übertragbarkeit des Kundenschutzes

Abgesehen davon, daß für den dinglichen Übertragungsvorgang der Spezialitätsgrundsatz gilt, handelt es sich beim Kundenschutz nicht allein um einen von der Persönlichkeit des Berechtigten geschaffenen Wert wie z.B. die Geschäftsbeziehungen, Werbemethoden und Geschäftsgeheimnisse ⁴⁾, sondern um ein beiderseitiges

1) Vgl. Mentzel-Kuhn § 17 Anm. 13

2) Darum ist auch § 36 VerLG nicht anwendbar

3) Bierer, Alleinverkaufsrecht S. 27 ; Ehrenberg ZgesHR 28,38

4) Diese kommerzialisierten personenbezogenen Rechtsstellungen sind nach § 413 i.V.m. §§ 398, 402 übertragbar. A.A. Gierke, Handelsrecht S. 86, der § 929 anwenden will.

Dauerrechtsverhältnis, das nicht in einzelne Ansprüche und Pflichten aufgespalten, sondern nur als gesamtes Schuldverhältnis übertragen werden kann¹⁾. Die Auffassung vom Alleinverkaufsrecht als Bestandteil des Gewerbebetriebes beruht auf einer einseitigen Berücksichtigung der Interessen nur einer Partei. Zum Eintritt des Erwerbers in die Stellung der bisherigen Vertragspartei ist grundsätzlich die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich. Hieran ändert auch § 25 Abs. I HGB nichts, denn er läßt besondere Übertragungsformen und -voraussetzungen unberührt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt bei solchen Rechtsverhältnissen, die ihre Grundlage nicht so sehr in einem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen den bisherigen Vertragspartnern haben, sondern betriebs- bzw. tätigkeitsbezogen sind^{2) 3)}. Überall, wo die zu erbringenden Leistungen weit mehr von Art und Umfang der Unternehmen als von der jeweiligen Person des Unternehmers abhängen, ist dem Vertragspartner zumutbar, das Rechtsverhältnis auch bei Wechsel seines Vertragspartners fortzusetzen⁴⁾.

Ob der Kundenschutz auf einem personenbezogenen oder betriebsbezogenen Dauerrechtsverhältnis beruht, kann sich für den Hersteller und den Eigenhändler verschieden beurteilen.

1) Siehe dazu Pieper, Vertragsübernahme S. 160 ff.; Brecher, Unternehmen S. 189 ff.; vgl. auch die Geltung dieses Grundsatzes im Arbeitsrecht, Hueck-Nipperdey, Grundriß S. 107

2) Vgl. Oppikofer S. 9 ff., 126, der alle Lieferungsverträge als unpersönliche Organisationswerte ohne Zustimmung der Betroffenen für Übertragbar hält, weil die Persönlichkeit nicht mehr als Essentiale angesehen werden kann. Ebenso Staub § 374 Anm. 2 a. Siehe auch die arbeitsrechtliche Entwicklung zur Übernahme der Arbeitsverträge bei Betriebsinhaberwechsel. Hueck-Nipperdey, Grundriß S. 108

3) A.A. sind BGH NJW 67, 821 und Brandner NJW 60, 127 insofern, als sie Zustimmung des anderen Teils verlangen, zu der dieser aber verpflichtet sein soll. Wenn man eine Zustimmung überhaupt verlangt, so liegt sie m.E. schon im Vertragsschluß.

4) Vgl. die Vorschriften der §§ 571, 581 Abs. II BGB, §§ 69 Abs. I 151 Abs. II VVG

bb) Der Wechsel in der Person des Eigenhändlers

Da der integrierte Eigenhändler Interessenwahrer und Geschäftsbesorger ist, erscheinen auf ihn §§ 613 Satz 1, 664 Abs. I BGB anwendbar. § 613 Satz 1 BGB schützt persönliche Vertrauensverhältnisse, wie sie zwischen Hersteller und Alleinverkäufer bestehen. Da diese Vorschrift eine widerlegbare Auslegungsregel ist, können die Parteien etwas anderes vereinbaren. Dies muß aber ausdrücklich geschehen; denn da es dem Hersteller nicht gleichgültig ist, wem er seine Geschäftsgeheimnisse und Kundenbeziehungen ausschließlich anvertraut, müssen erhebliche Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß der Hersteller auch mit dem Nachfolger des Eigenhändlers auf dieser Basis zusammenarbeiten will.

Auch der Kundenschutz des kooperativen Eigenhändlers ist ohne Zustimmung des Herstellers nicht übertragbar. Die mit dem Kundenschutz verbundenen Pflichten sind Ausfluß des besonderen Treueverhältnisses, das seine Grundlage in der Tüchtigkeit, Arbeitsfreudigkeit und Ehrlichkeit des Alleinverkäufers hat. Die Unübertragbarkeit persönlicher Vertrauenstatbestände folgt aus § 399 BGB mit der Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit i. S. des § 135 BGB¹⁾. Nur in Ausnahmefällen wird eine Vereinbarung des Kundenschutzes für den jeweiligen Inhaber des Handelsunternehmens nach § 328 BGB getroffen sein.

Aus der persönlichen Vertrauensstellung folgt ohne weiteres auch die Unvererblichkeit des Kundenschutzes. Der Erbe kann nach § 1922 BGB nur insoweit in die Rechtsstellung des Erblassers eintreten, als dieser sie durch Rechtsgeschäft übertragen kann.

cc) Der Wechsel in der Person des Herstellers

Die Eigenart des Händlervertrages zwischen Hersteller und integriertem Eigenhändler schließt eine Übertragung dieses Abhängigkeitsverhältnisses aus, §§ 613 Satz 2, 664 Abs. II BGB.

1) Statt vieler Palandt-Danckelmann § 399 Anm. 2 b m.w.N.

Dem integrierten Eigenhändler kann daran gelegen sein, wegen Fehlens der erforderlichen Vertrauensbasis das Geschäftsbesorgungs- und Interessenwahrungsverhältnis nicht aufrechtzuerhalten. Auch die Interessen des Erwerbers sind schützenswert, wenn berücksichtigt wird, daß der integrierte Eigenhändler sein alleiniger Absatzmittler ist, der darauf, ob er sein Absatzrisiko meistert, einen erheblichen Einfluß hat. Mit der Beendigung dieses Händlervertrages endet auch der Kundenschutz.

Anders ist die Frage zu entscheiden, wenn bei Vereinbarungen mit einem kooperativen Eigenhändler die Person des Herstellers wechselt. Die Liefer- und Unterstützungspflicht des Herstellers, wie sie durch den Kundenschutz geprägt werden, bleiben eine Betriebsverpflichtung, da die Person auf ihre Gestaltung und ihre Erbringung regelmäßig ohne Einfluß ist. Im Verhältnis zum Herstellerunternehmen baut der ungebundene Händler nicht auf ein solches Vertrauensverhältnis wie der integrierte Eigenhändler, da die Interessenbereiche sich nicht wie bei Hilfgewerbetreibenden überschneiden, sondern konträr gegenüberstehen. Zwar bringt der Kundenschutz auch eine gewisse Verflechtung der beiderseitigen Interessen, aber das Vertrauen des kooperativen Eigenhändlers ist deshalb gegenüber der Person des Herstellers nicht besonders groß und schützenswert, da die Unterlassung der Belieferung anderer von jedem Inhaber in gleicher Weise erfolgen kann. Das Bedenken, daß diese Pflicht von dem neuen Inhaber nicht mehr so vertragstreu durchgeführt wird, steht nicht entgegen, denn die Art ihrer Ausübung und Erfüllung hat keinen Einfluß auf den Inhalt von Rechten und Pflichten.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Fusion einzelner Herstellerunternehmen, die gleichartige Güter produzieren. Nach der Regel des § 346 Abs. III Satz 2 AktG wird es der Interessenlage der Beteiligten gerecht, wenn der Händler weiter nur die Waren des aufgenommenen Unternehmens als Alleinverkäufer vertreibt, während sich der Kundenschutz nicht auf die Artikel erstreckt, die das übernehmende Unternehmen bereits vor der Fusion hergestellt hat

und noch herstellen wird. Das aufgenommene Unternehmen war nur verpflichtet, die von ihm selbst hergestellten Artikel zu liefern, nicht aber von dritter Seite Waren hinzuzukaufen, so daß es einen zufälligen und ungerechtfertigten Vorteil bedeuten würde, wenn sich der Kundenschutz auch auf die Waren des Übernehmenden Unternehmens bezieht. Etwas anderes gilt, wenn das Übernehmende Unternehmen Kundenschutz zugesagt hat, es sei denn, daß auch das aufgenommene Unternehmen schon Kundenschutz zugesichert hat.

III. Die Rechtsnatur der Kundenschutzvereinbarung

Die Kundenschutzabrede - gleichgültig, ob als unselbständige Vereinbarung in einem Händlervertrag oder als selbständige Abrede - entspricht keinem gesetzlichen Vertragstypus; sie ist ein nach § 305 BGB zulässiger Vertrag eigener Art. Vor dem Versuch einer Einordnung in die drei Grundvertragskategorien soll noch die Frage geklärt werden, ob die Unterlassungspflicht des Herstellers eine selbständig einklagbare Leistungsverpflichtung ist ¹⁾, oder ob sie nur eine unselbständige Kehrseite der positiven Leistungsverpflichtung des Herstellers ist. Die Vertreter der letzteren Möglichkeit ²⁾ sehen in der Unterlassungspflicht nur eine Modifizierung der Leistungspflicht, wie etwa im Verhältnis von Gattungs- zum Spezieskauf. Beim Alleinverkaufsvertrag liege eine einheitliche Leistung vor, die - wie der Spezieskauf gegenüber dem Gattungskauf - durch die feste Umgrenzung des Kaufgegenstandes bestimmt ist. Richtig ist aber die Auffassung, die im Alleinverkaufsvertrag zwei Obligationen sieht, denn die Verletzung einer Verpflichtung berührt nicht notwendig die andere, was deutlich wird, wenn der Hersteller nach Erfüllung seiner Lieferpflicht die Unterlassungspflicht verletzt. Darüber hinaus kann es

1) So Staub-Müller a.a.O. S. 49; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 260

2) So RGZ 56, 286 f.; Bierer Diss. Zürich S. 2; Krückmann AcP 101, 221

denkbar sein, daß das Interesse des Händlers am Absatz der bezogenen Waren bestehen bleibt, er also nur für die Zukunft seine Alleinstellung durchsetzen will.

1) Die Vertragsart

Das RG ¹⁾ hatte zunächst im Alleinverkaufsabkommen ein gesellschaftsähnliches Verhältnis gesehen, jedoch später diese Meinung zu Recht aufgegeben ²⁾. Es handelt sich weder um eine Interessengemeinschaft ³⁾ noch um eine gesellschaftsähnliche Risikogemeinschaft ⁴⁾, sondern vielmehr um ein partiarisches Rechtsverhältnis, bei dem die als Entgelt vereinbarte Gewinnbeteiligung des Herstellers darin besteht, daß dieser entsprechend dem Umsatz des Eigenhändlers Waren an ihn liefern kann. Daneben sind in der Abrede pacht- und werkvertragliche Elemente enthalten. Für einen Gesellschaftsvertrag fehlt es der Kundenschutzklausel am gemeinsamen Zweck, den die Parteien in einer personenrechtlichen Gemeinschaft ⁵⁾ fördern wollen. Jeder sucht zwar möglichst viele Verkäufe der Vertragswaren zu tätigen, aber jeder nur in seinem eigenen Interesse: Der Hersteller will am Verkauf an den Händler verdienen und dieser am Verkauf an den Verbraucher. Die Absicht, durch Förderung des anderen mittelbar seinen Interessen zu dienen, reicht nicht aus. Es fehlt an jeglicher vertraglichen Vereinigung des Interesses; es wird nämlich kein gemeinsames Betriebsergebnis ermittelt und irgendwie geteilt.

Im Falle des integrierten Eigenhändlers gehört das Grundverhältnis der Tatbestandsgruppe der Wahrnehmung fremder Belange an. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle Vereinbarungen diesen

1) RGZ 65, 37; 95, 166; vgl. auch Ackermann, Wirtschaft und Recht S. 24

2) RG JW 1929, 1291 mit zust. Anm. von Titze

3) Zu diesem Begriff vgl. Fikentscher, Interessengemeinschaft S. 20

4) So wohl Schluep, Alleinvertriebsvertrag S. 165

5) "Handeln in Gemeinschaft ist nicht bloß die Summe isolierter Einzelhandlungen". Maunz-Dürig Art. 19 Abs. III Anm. 3 cc

Charakter tragen müssen¹⁾. Kundenschutz wird zu dem Zwecke vereinbart, daß sowohl der Hersteller wie der integrierte Eigenhändler bestimmte Tätigkeits- und Unterlassungspflichten übernehmen, die im Wege des Ausgleichs gegenläufiger Interessen vereinbart sind.

Die Kundenschutzvereinbarung ist ein synallagmatisches Verhältnis. Nach der Parteiabsicht sollen die Leistungsverpflichtungen des Herstellers von entsprechenden Gegenleistungen des Händlers abhängig sein. Plassmann²⁾ sieht Selbstbeschränkungsverträge nicht als gegenseitige Verträge an, da man Selbstbeschränkungen niemandem zuwenden könne. Jedoch liegt auch dann eine Leistungsverpflichtung i. S. der §§ 320 ff. BGB vor, wenn der Schuldner verpflichtet ist, Voraussetzungen zu schaffen, aufgrund deren die Begünstigung des Gläubigers ohne weiteres Zutun eintritt. Auch die Drittbezogenheit³⁾ der Kundenschutzklausel ändert nichts an ihrem Charakter als gegenseitiger Vertrag⁴⁾. Wenn auch ihr Zweck ausschließlich auf Außenwirkung gerichtet ist, so ist dies für die Rechtsbeziehungen unter den Parteien und deren Bewertung unerheblich.

2) Die Verletzung der Dauerpflichten aus der Abrede

Da es sich beim Kundenschutz um Dauerleistungspflichten handelt, die für einen zusammenhängenden Zeitraum geschuldet werden, und da derartige Pflichten nicht durch Verletzung nach § 275 BGB untergehen, sondern die Zuwiderhandlung überlebt⁵⁾, liegt in einer Pflichtverletzung eine Schlechterfüllung, die weder Unmöglichkeit noch Verzug ist, sondern eine positive Vertragsverletzung.

1) Vgl. Würdinger, Gesellschaften I S. 12

2) Plassmann NJW 66, 954

3) Vgl. dazu Lukes, Kartellvertrag S. 17 ff.

4) So aber Plassmann JZ 64, 671; NJW 66, 954

5) Krückmann AcP 101, 219: Wer annimmt, daß durch bloßes Zuwiderhandeln als solches eine Unmöglichkeit der Erfüllung herbeigeführt wird, verstößt gegen das oberste grundlegende Prinzip des Schuldrechts. Ebenso Lehmann, Unterlassungspflicht S. 245 ff.

Bei der Konnexität von Kundenschutzabrede und Händlervertrag wirkt sich die Verletzung des Kundenschutzes auch auf den Händlervertrag aus. In der einmaligen Verletzung liegt zugleich eine positive Vertragsverletzung des Rahmenvertrages, die den Verletzten zum Schadensersatz oder Rücktritt hinsichtlich des gesamten noch nicht erfüllten Vertragskomplexes berechtigt. Hält der Händler den Vertragszweck dadurch noch nicht für gefährdet, so kann er die Rechte entsprechend §§ 325, 326 BGB auch nur hinsichtlich der Verletzung der Kundenschutzklausel geltend machen.

3) Weitere Ansprüche gegen den Hersteller ¹⁾

Die Verletzung der Unterlassenspflicht durch den Hersteller kann dem Eigenhändler neben den vertraglichen Schadensersatzansprüchen ²⁾ auch einen Anspruch auf Herausgabe etwaiger Gewinne geben; ein Interesse an diesen Ansprüchen besteht dann, wenn der Händler trotz der Zuwiderhandlung keinen Schaden hat oder dieser nicht die Höhe des Gewinns erreicht.

Die Anwendbarkeit des § 687 Abs. II BGB setzt voraus, daß unter einem "fremden Geschäft" nicht nur absolute oder nach außen als ausschließlich dem Berechtigten zustehend erkennbare Rechte fallen ³⁾, sondern auch Geschäfte, die dem Begünstigten schuldrechtlich zugewiesen sind ⁴⁾. Bei § 687 Abs. II BGB handelt es sich ebenso wie in §§ 61 Abs. I, 113 Abs. I HGB um eine eigenständige Ergänzung des Bereicherungs- und Schadensersatzrechtes,

-
- 1) Ansprüche gegen andere Händler ergeben sich nach § 1 UWG bei Verleitung des Herstellers zum Vertragsbruch, bei Ausnutzung eines solchen und bei Beschaffung der Vertragsware auf Schleichwegen, vgl. dazu Ulmer-Beier, Unlauterer Wettbewerb S. 208 f.; Sasse Diss. Köln S. 10 ff.
 - 2) Ein Anspruch nach § 281 BGB besteht nicht, da ein Unterlassen nicht Gegenstand i. S. des § 281 ist. Vgl. Erman-Groepper § 281 Anm. 1
 - 3) So h. M. vgl. die ausführlichen Literaturnachweise bei Nipperdey, Festschrift für Böhm S. 163 ff.
 - 4) So Nipperdey a.a.O. S. 163 ff.; Lorenz, Schuldrecht II S. 256

durch die die infolge bewußt rechtswidriger Eingriffe in die rechtlich festgelegte Interessensphäre des Geschäftsherrn entstandenen Vorteile des Geschäftsführers rückgängig gemacht werden sollen. § 687 Abs. II BGB will nicht den Schutz bestimmter Rechtsgüter, sondern die aus der vorsätzlichen Mißachtung fremder Rechtsphären entstehenden Vorteile dem wirklich Befugten zuweisen, besonders auch dann, wenn die Interessenaufteilung zwischen Geschäftsherr und-führer festgelegt ist. Die Fremdheit braucht nicht durch Gesetz, sondern kann auch durch privatautonome Vereinbarung bestimmt werden. Deswegen ist in § 687 Abs. II BGB nicht auf die Ausschlußwirkung gegenüber jedem Dritten, sondern allein auf das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und-herrn abzustellen ¹⁾. Die Einmischung in die fremde Rechtsstellung braucht dabei für Dritte nicht erkennbar zu sein. Jedoch wird man verlangen müssen, daß die Rechtsstellung dem Berechtigten vertraglich ausschließlich zugewiesen ist, d. h. daß bestimmte Handlungen im Verhältnis zwischen den Vertragsschließenden nur ihm vorbehalten sind ²⁾. Auf die Kundenschutzklausel bezogen bedeutet dies, daß Lieferungen an Händler, die in dem Bereich des Berechtigten wohnen oder in diesen hinein liefern, keine fremden Geschäfte i.S. des § 687 Abs. II BGB sind, da das Geschäft zwischen Hersteller und Konkurrenzhändler nicht in den Geschäftsbereich fällt, der ausschließlich dem Eigenhändler vorbehalten ist. Nach der Abrede sollen lediglich die Geschäfte auf der Absatzstufe Händler-Verbraucher allein vom Berechtigten wahrgenommen werden. Bei Direktabsatz des Herstellers steht dem Händler der Gewinn gemäß §§ 687 Abs. II, 681, 667 BGB zu. Dafür ist nicht erforderlich, daß der Händler schon vorher durch Deckungskäufe seine Geschäftsbereitschaft gezeigt hat ³⁾, denn es kommt nicht darauf an, ob der Geschäftsherr das Geschäft selbst vorgenommen hätte.

1) So auch Mäser Diss. S. 19 f.; Gass NJW 60, 2339

2) So Nipperdey a.a.O. S. 172

3) So aber v. Brunn, Recht des Eigenhändlers S. 343

Dieser Anspruch besteht auch gegen einen anderen Händler, wenn dieser in das Absatzsystem des Herstellers eingebaut ist und außerhalb des ihm zugewiesenen Bezirkes vorsätzlich verkauft.

Ein Anspruch aus § 812 BGB läßt sich dagegen nicht begründen, da der Verkaufserlös keine Leistung des Händlers, sondern eine des Kunden ist. Aus diesem Grund ist auch eine Eingriffskondiktion nicht gegeben ¹⁾.

4) Die Konkurrenzlosigkeit als zugesicherte Eigenschaft

Zweifelhaft ist, ob in der Zusage des Alleinverkaufes eine zugesicherte Eigenschaft der Ware i.S. der §§ 459 Abs. II, 463 BGB liegt ²⁾. Als zugesicherte Eigenschaft gelten nicht nur körperliche Eigenschaften, sondern auch alle sonstigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die zufolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsauffassung einen Einfluß auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Da der bestimmungsgemäße Gebrauch der Waren hier in ihrer Veräußerung liegt, so ist eine Erschwerung der Verkaufsmöglichkeiten eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Ware. Jedoch muß die Eigenschaft in einer unmittelbaren Beziehung zur Sache stehen, die dieser im Einzelfall bei der Übergabe anhaftet. Wie die Konkurrenzlage der Ware in dem Zeitpunkt ist, in dem sie vom Eigenhändler angeboten wird, ist keine gegenwärtige Beziehung, sondern ein künftiger Umstand, der nicht Eigenschaft i.S. der §§ 459 ff. BGB sein kann ³⁾. Die Zusicherung, daß weder der Zusichernde noch ein Dritter in Bezug auf die Sache eine Handlung vornehmen werde, ist die Vereinbarung eines Nebenrechts ⁴⁾, das nicht Eigenschaft der Kaufsache ist. Der Begriff der Eigenschaft läßt sich mit Rücksicht auf die in §§ 462, 463 BGB angeordneten Rechtsfolgen nicht nach dem Willen der Parteien bestimmen ⁵⁾.

1) Siehe BGH NJW 64,399 f.

2) So das skandinavische Recht vgl. Almén, Das skandinavische Kaufrecht Anm. 81 zu §§ 21 - 27

3) Rlandt-Gramm § 459 Anm. 7, vgl. auch RG JW 36, 2705

4) Vgl. D-Uringer-Hachenburg-Hoeniger V.Bd.Einl.Anm. 56 a

5) Siebert-Ballerstedt § 459 Anm. 31

IV. Die Vereinbarkeit mit dem BGB

Da § 18 GWB nach der Novelle vom Jahre 1965 nicht mehr die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragsbeteiligten selbst schützt,¹⁾ bleibt dieser Individualschutz allein dem bürgerlichen Recht überlassen. Nur der Schutz des durch die Außenwirkung eines Bindungsvertrages betroffenen Dritten ist dem GWB systemgerecht, unbillige Beeinträchtigungen zwischen den Vertragsbeteiligten sind nach §§ 138, 242, 826 BGB zu beurteilen.

Bei der Beurteilung der Innenwirkung gilt das materiale Vertragsprinzip. Da die Einigung der Beteiligten auf rationalen Erwägungen beruht, hat diese die Vermutung der gerechten und richtigen Lösung für sich. Um einer möglichst großen Freiheit willen sind Ungerechtigkeiten bis zu einem gewissen Grad hinzunehmen. Eine Ausnahme gilt aber für die Fälle, in denen die Interessen Dritter oder der Gemeinschaft im Spiele stehen. In diesem Fall kann das materiale Vertragsprinzip nicht funktionieren, vielmehr muß hier die hoheitliche Bestimmung des Verhaltens einsetzen. Im allgemeinen wird sich, wie jeder Vertrag, auch die Kundenschutzklausel als ein Niederschlag des Interessenausgleichs der Vertragspartner darstellen. Nach den Erfahrungen in der Wirtschaftspraxis ist davon auszugehen, daß die ausschließliche Absatzbindung des Herstellers nur eine formale Beschränkung ist, also keine materiellen Nachteile begründet²⁾, da sie durch die Leistungen des Händlers ausgeglichen werden³⁾. Jedoch kann die Gewährung absoluten Kundenschutzes an eine wirtschaftlich starke Handelsfirma unter weitgehenden Beschränkungen des Herstellers sittenwidrig sein, besonders dann, wenn der Alleinverkaufsstellung keinerlei

1) A.A. Gutzler BB 65, 920; Baruch WuW 61, 538

2) A.A. aber Reichel, Maklerprovision S. 206

3) Zum beiderseitigen Begünstigungseffekt dieser Ausschließlichkeitsklausel vgl. Duesberg WuW 66, 474

Verpflichtungen des Händlers gegenüber stehen ¹⁾, und dieser imstande ist, den Hersteller dadurch, daß er keine Waren von ihm abnimmt, überhaupt lahmzulegen. Schon die dem Hersteller aufgrund des Vertrages drohende Gefahr, in dieser Weise behandelt zu werden, macht die Kundenschutzabrede zu einem sittenwidrigen Geschäft. Ein sittenwidriges Verhalten liegt stets in einem Knebelungsvertrag, in dem zu dem Merkmal der Beschränkung eine vollkommene oder annähernd vollständige Unterwerfung des Herstellers unter den Willen des bindenden Händlers eintritt, also eine so weitgehende wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben ist, daß von einer auch nur beschränkten Ausübung eigenen wirtschaftlichen Willens nicht mehr gesprochen werden kann. Ebenfalls sittenwidrig sind solche Abreden, die auf der Ausnutzung der Monopolstellung des Händlers beruhen ²⁾. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Monopolmißbrauchs ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sowie das Fehlen einer ernsthaften Alternative für den Hersteller, also eine Monopolstellung wenigstens tatsächlicher Art auf Seiten des Händlers.

V. Die kartellrechtliche Beurteilung der Kundenschutzklausel

1. Die Vereinbarkeit mit § 18 GWB

Das Verbot an den Hersteller, die geschützten Kunden des Eigenhändlers direkt oder indirekt zu beliefern, fällt unter den Wortlaut des § 18 Abs. I Ziff. 2 GWB: Der Hersteller wird darin beschränkt, Waren an Dritte, nämlich an andere Händler oder Verbraucher abzugeben. Die Kundenschutzklausel enthält bei kooperativen Eigenhändlern auch die Verpflichtung, andere Abnehmer dahin zu binden, nicht an die geschützten Kunden zu liefern. Bei diesem absoluten Kundenschutz handelt es sich nicht um eine Beschränkung der Inhaltsfreiheit, die nach § 15 GWB unzulässig wäre ³⁾. Es handelt sich um eine in

1) Vgl. RG JW 1917, 966; DR 1942, 1227; BGE 50 II 486; 56 II 53

2) Vgl. Bauer-Mengelberg a.a.O. S. 63 m.w.N.

3) Die Meinung von Mayer-Wegelin Vorb. 1 zu § 15 GWB und Axster GRUR 1954, 151, § 15 GWB nur auf Bindungen zu beziehen, die mit dem Preis zusammenhängen oder ihn unmittelbar beeinflussen, ist aber abzulehnen, wie sich aus §§ 16 IV S. 5, 100 II GWB ergibt.

doppelter Folge vereinbarte Abschlußbindung, nicht aber um eine Bindung des Inhalts von Zweitverträgen i.S. des § 15 GWB. In dieser Vorschrift sind alle Inhaltsbindungen für weitere Geschäfte gemeint, deren Gestaltung an sich Sache der Parteien des Sekundärvertrages wäre. Nicht dazu gehören Beschränkungen des Partners in der Auswahl künftiger Kunden. Die Freiheit künftiger Partnerwahl wird in § 18 Abs. I Ziff. 2, 3 GWB besonderer Regelung unterworfen, um so der "Vielgestaltigkeit der damit verbundenen wirtschaftlichen Zusammenhänge" ¹⁾ eine flexible Bewertung zu ermöglichen. Dieser Zweckgedanke des § 18 GWB ist auch auf die hier zu untersuchende durchlaufende Abschlußbindung anwendbar. In den Fällen, in denen der Hersteller die Verpflichtung übernimmt, seinerseits andere Abnehmer zu binden, nicht an die geschützten Kunden zu liefern, ist daher die Anwendung von § 18 GWB geboten, so daß die Zulässigkeit dieser durchlaufenden Bindung nicht per se verboten, sondern nach ihrem Einfluß auf den Zugang Dritter zum Markt zu beurteilen ist.

Sodann enthält die Kundenschutzvereinbarung bei einem durchorganisierten Absatzsystem auch Bindungen des Eigenhändlers ²⁾. Dieser ist einmal verpflichtet, nur an seine geschützten Kunden zu verkaufen. Insoweit handelt es sich um eine Vertriebsbindung nach § 18 Ziff. 3 GWB. Der alleinverkaufsberechtigte integrierte Eigenhändler unterliegt weiter der Verpflichtung, seine Waren ausschließlich bei dem Hersteller zu beziehen. Diese Bezugsbindung stellt eine Ausschließlichkeitsbindung nach § 18 Abs. I Ziff. 2 GWB dar.

a) Das Alleinverkaufsrecht bei Lizenzabreden

Ausgeschaltet von der weiteren Erörterung bleiben die nach §§ 6, 9 PatG zulässigen örtlich oder personell beschränkten

1) Vgl. die Begründung B I 2 zum Regierungsentwurf zu § 10 GWB

2) Vgl. Snijders, De naamlose Venootschap 1965 S. 157;
Langen § 18 Anm. 15; Seier GRUR AT 1964, 84

Vertriebslizenzverträge ¹⁾ und die sog. gemischten Verträge ²⁾, die sowohl Lizenzabreden als auch Elemente anderer Vertragstypen aufweisen, bei denen aber die lizenzvertragliche Abrede überwiegt. Diese Verträge unterfallen dem Anwendungsbereich des § 20 GWB.

Die Zulässigkeit der Vertriebslizenzverträge richtet sich nicht nur dann nach § 20 GWB, wenn es sich um eine echte Vertriebslizenz handelt ^{3) 4)}, sondern auch dann, wenn die Beschränkungen des Lizenznehmers nicht patentrechtlich-dingliche, sondern nur schuldrechtliche Wirkungen haben ⁵⁾. Die obligatorischen Beschränkungen gehen zwar regelmäßig über den Schutzbereich des Patentrechtes hinaus ⁶⁾, jedoch wäre es materiell nicht gerechtfertigt, in diesem Fall andere Bestimmungen heranzuziehen als bei der echten Vertriebslizenz, da dies andere Ergebnisse zur Folge hätte ⁷⁾. Die unterschiedliche Behandlung beider Vertragstypen wäre aber nicht gerechtfertigt, weil die wirtschaftliche Lage des Eigenhändlers und Herstellers in beiden Fällen kongruent ist ⁸⁾. So kann es für die Beurteilung der Zulässigkeit von Beschränkungen nicht entscheidend sein, ob der Eigenhändler über die patentierten Gegenstände die volle Verfügungsgewalt erhält. Patentrechtliche Unterschiede schließen eine Übereinstimmende wirtschaftliche und daher wettbewerbliche Beurteilung nicht aus; die Zulässigkeit von Beschränkungen bei unechter Lizenz sind daher analog den Regeln über die Zulässigkeit von Beschränkungen in echten

1) Vgl. Reimer § 9 PatG Rdnr. 14; Paul NJW 63, 980

2) Siehe Langen WuW 60, 669

3) Zur Definition vgl. Linenmeyer in Krause-Katluhn § 9 Anm. 26

4) Zu ihrer Zulässigkeit vgl. Magen S. 144; Langen § 20 Anm. 42

5) Vgl. Reimer § 9 PatG Rdnr. 14

6) Bernhardt, Patentrecht § 33 III

7) Vgl. Lüdecke-Fischer N 4 S. 674

8) Zur Vorrangstellung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vor einer patentrechtlichen in § 20 GWB. Vgl. Fikentscher, Warenzeichenlizenz S. 433 f.; Möhring in Recht im Wandel S. 418; Buxbaum WuW 66, 205 ff.

Vertriebslizenzen zu beurteilen ¹⁾.

Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der sog. gemischten Verträge richtet sich nach § 20 GWB, wenn die dem Vertragspartner auferlegten Beschränkungen auf den in §§ 20, 21 GWB genannten Schutzrechten beruhen. Die Abgrenzung von Lizenzvertrag und Kundenschutzabrede ist davon abhängig, worauf die Beschränkung zurückzuführen ist, ob auf das Schutzrecht oder auf marktordnende Gesichtspunkte ²⁾. Nur wenn sich die betreffenden Vertragsteile trennen lassen, oder die Beschränkungen nicht in den Schutzbereichen ihre Grundlage finden, ist § 18 GWB anwendbar, und sollen diese Verträge in der weiteren Untersuchung mitgemeint sein.

b) Die Anwendbarkeit auf wechselseitige Bindungsverträge

Die Kundenschutzvereinbarung ist nicht nur eine einseitige Beschränkung des Herstellers, sondern sie enthält i.d.R. wechselseitige Bindungen. Hier stellt sich die Frage, ob § 18 GWB nur dann anwendbar ist, wenn nur eine der beiden Vertragsparteien beschränkt wird ³⁾, oder auch dann, wenn die Vertragsparteien sich wechselseitig binden. Der Wortlaut "reine Vertragspartei" verlangt nicht notwendig die Auslegung, daß § 18 GWB die völlige Ungebundenheit der Gegenpartei voraussetzt. Zwar rücken wechselseitige Ausschließlichkeitsbindungen in die Nähe des Kartellvertrages, systematische Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich daraus aber nicht, weil § 18 GWB ein zwischen den Vertragsparteien bestehendes Verhältnis aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs nicht verlangt. Da bei der Kundenschutzklausel Hersteller und Eigenhändler nicht in einheitlicher Marktfrent stehen, § 1 GWB also nicht anwendbar ist, fielen nach dieser Auffassung die sehr

1) Im Ergebnis auch Fikentscher a.a.O. S. 433; Langen § 20 Anm. 36; a.A. Lieberknecht, Patente S. 198, Magen a.a.O. S. 27

2) Vgl. BKA Tätigkeitsbericht 1964 S. 52; FK § 20 Tz 29; Buxbaum WuW 66, 205

3) So Schwartz in GK § 18 Anm. 6

häufigen Fälle der gegenseitigen Ausschließlichkeitsbindungen nicht unter die Beurteilung nach dem GWB. Im Gegensatz zur KartVO von 1923 ist die gesetzgeberische Absicht im GWB erkennbar, sämtliche denkbaren Formen unternehmerischer Tätigkeit zu erfassen, die das Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigen können. Sowohl in der Spruchpraxis des BKA ¹⁾ wie in der Rechtsprechung des BGH ²⁾ ist die Zielsetzung festzustellen, dem GWB eine sachlich möglichst weitgehende Geltung zu verschaffen. In der Systematik (§§ 1 ff.: Kartellvertrag - §§ 15 ff.: Sonstige Verträge) kommt zum Ausdruck, daß eine Gesamtregelung aller wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gewollt ist. Daraus ist die wichtige Auslegungsregel für die Tatbestände der §§ 15 ff. GWB zu entnehmen, daß etwaige Ungenauigkeiten in der Wortfassung nicht als bewußt ungeregelte Lücken im Gesetz zu deuten, sondern i. S. einer Gesamtregelung auszulegen sind. Diese extensive Auslegung des GWB widerspricht nicht dem Gebot der Rechtssicherheit und der daraus erwachsenden Forderung nach Generalisierung, um so dem Bedürfnis der Praxis nach eindeutigen Kriterien entgegenzukommen ³⁾. Hierdurch werden die Ziele des GWB nicht so unbegrenzt, daß der Anwendungsbereich unübersehbar wird; vielmehr bringen die dem GWB speziellen Merkmale der Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung die entscheidende Abgrenzung. Diese wenn auch generalklauselartigen Begriffe sind durch eine fast 50-jährige Kartellrechtsprechung justitiabel und für den Bürger voraussehbar geworden. Auch die wirtschaftswissenschaftliche Tatsachenforschung kann nach Übersetzung ihrer Erkenntnisse in die Denkkategorie des Rechts Daten liefern, die eine einheitliche und voraussehbare Anwendung der Vorschriften gewährleisten. Diese umfassende Zielsetzung widerspricht daher einer Verweisung der wechselseitigen Bindungen aus dem Anwendungsbereich des § 18 GWB.

1) BKA WuW /E 129, 188, 281

2) BGHZ 31, 112; 36, 370; WuW/E BGH 472

3) So aber wohl Müller-Henneberg WuW 63, 892

c) Die Bindungen des Herstellers

aa) Verträge zwischen Unternehmen

Für die Anwendbarkeit des § 18 GWB ist erforderlich, daß der Bindungsvertrag zwischen Unternehmen geschlossen wird. Da es in der Rechtsordnung eine allgemein-gültige Definition des Unternehmens nicht gibt ¹⁾, muß für jedes Gesetz, sogar für jede Vorschrift der Unternehmensbegriff selbständig festgelegt werden. Der Begriff des Unternehmens im GWB ist aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu bestimmen ²⁾. Da das GWB den durch keine Wettbewerbsbeschränkungen gestörten, sich durch Angebot und Nachfrage selbst regelnden Markt schützen will, sind alle an diesem Markt Beteiligten, also alle Anbieter und Nachfrager von Waren und gewerblichen Leistungen Unternehmen i.S. des GWB. Die Aufgabe des GWB, die Wirtschaftsbereiche eines jeden Rechtssubjektes von Wettbewerbsbeschränkungen freizuhalten, verlangt einen weitgefaßten Unternehmensbegriff, der jeden im Geschäftsverkehr Tätigen erfaßt und nur die private hauswirtschaftliche Sphäre ausklammert. Unter diesen weitgefaßten Unternehmensbegriff fallen der Hersteller und sowohl der kooperative wie auch der integrierte Eigenhändler. Gegen diesen weitgefaßten Unternehmensbegriff wendet

1) Ballerstedt JZ 51, 487; Gieseke, Festschrift für Heymann Bd. 2 S. 118 ff.

2) Die gegen die teleologische Auslegungsmethode vorgebrachten Bedenken (vgl. Rittner FamRZ 1961, 4; Ballerstedt Festschrift für Böhm S. 188, auch schon Savigny, System I 218), daß sie nicht mehr Erkenntnisvorgang sondern Entscheidung sei, bei der nach Festlegung eines bestimmten Gesetzeszweckes unmittelbar auf den Inhalt der auszulegenden Norm geschlossen wird, ohne aber zu prüfen, ob der Zweck Inhalt der Vorschrift geworden oder nur vorgelagertes Motiv des Gesetzgebers geblieben ist, übersehen, daß gerade bei der Auslegung konkretisierungsbedürftiger, weitgefaßter Normen, deren Interpretation zweifelhaft ist, volitive Elemente heranzuziehen sind.

ein Teil der Literatur ¹⁾, der den Begriff des Unternehmens auf wirtschaftlich selbständige Unternehmer beschränken will. Nach dieser Auffassung fiele der integrierte Eigenhändler nicht darunter.

Das Argument der wirtschaftlichen Selbständigkeit kann aber nicht richtig sein, denn unstreitig kann ein rechtlich selbständiges, aber wirtschaftlich abhängiges Unternehmen mit einem anderen Unternehmen Verträge gemäß § 18 GWB abschließen, das mit dem wirtschaftlich beherrschenden Unternehmen nicht verbunden ist. Darum wird zum Teil die sog. relative wirtschaftliche Selbständigkeit gefordert ²⁾, d.h. ein Vertrag nach § 18 GWB soll nur zwischen Unternehmen abgeschlossen werden können, die weder von einander noch beide von einem dritten Unternehmen wirtschaftlich abhängig sind. Auf interne Absprachen in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis sollen die §§ 1, 15 ff. GWB nicht anzuwenden sein, weil das herrschende und beherrschte Unternehmen als Ganzes ein Unternehmen bilden und somit den Teilen die Eigenschaft eines selbständigen Unternehmens fehlt ³⁾. Der Unternehmensbegriff im Wirtschaftsrecht wird aber nicht i.S. einer wirtschaftlichen Einheit verwendet, sondern zur Bezeichnung des Rechtsträgers des jeweiligen Unternehmens ⁴⁾. Dies ergibt sich daraus, daß nur Rechtsträger als Partner von Verträgen und Adressaten von Verboten in Betracht kommen; nur sie als nach §§ 38 Abs. I, 51 GWB als deliktisch angesehen werden und nach § 28 GWB Erwägungen sittlicher Art zugänglich sein können. Die Verbindung von Hersteller und integriertem Eigenhändler als wirtschaftliche Einheit besitzt aber

1) Kleemann DB 62, 1632; Magen NJW 61, 1961; Gandenberger S. 31, 109

2) Diesen Begriff prägte Callmann, Das deutsche Kartellrecht §§ 1-3 Anm. 27; vgl. Rittner DB 57, 1092

3) Vgl. Kronstein in 11 Vanderbilt Law 277, der konzerninterne Absprachen nicht unter das GWB fallen läßt. Ebenso Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG S. 89 N. 54; Rasch, Konzernrecht S. 321 f. m.w.N.

4) Siehe Ulmer WuW 1960, 171 ff.; Krause ZgesHR 105, 69; Fikentscher in Anm. zu WuW E/BGH 365

keine Rechtsfähigkeit.

Der integrierte Eigenhändler ist nicht von vornherein aus dem Wirkungsbereich des GWB ausgeschlossen. Es kommt darauf an, ob er gerade auf dem Gebiet wirtschaftlich selbständig ist, auf dem er den Wettbewerb beschränkt. Ist er auf einem bestimmten Gebiet wirtschaftlich abhängig, so steht er nicht im Wettbewerb, sondern treibt allenfalls fremdbestimmten Wettbewerb und kann durch Abrede mit dem, für den er Wettbewerb treibt, nicht den Wettbewerb beschränken. Das entscheidende Kriterium kann nicht der Unternehmensbegriff geben. Da es nicht auf die Wirtschaftsplanung und Entscheidungsfreiheit allgemein ankommt, sondern gerade auf das Gebiet, auf dem der Wettbewerb beschränkt wird, kann wohl die selbständige Willen- und Handlungseinheit des Herstellers und des integrierten Eigenhändlers sowie dieser Wirtschafts- und Wettbewerbseinheit, nicht aber der juristische Unternehmensbegriff für die Anwendung des GWB relativiert werden.

Auch kann nicht aus dem Verweis auf § 15 AktG in §§ 22 Abs. V, 23 Ziff. 5 GWB geschlossen werden, daß im GWB alle zu einer wirtschaftlichen Einheit gehörenden Teile zusammen als ein Unternehmen anzusehen sein, so daß der wirtschaftlich abhängige Teil nicht als Unternehmen i.S. des GWB gelten könne¹⁾. § 22 GWB gehört zu den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen. Wenn ein Konzern i.S. des § 15 AktG marktbeherrschend ist, kann die Kartellbehörde nach § 22 Abs. V GWB gegen jede einzelne Konzerngesellschaft dieselben Maßnahmen ergreifen wie gegen Einzelunternehmen. Ist in einem Konzern keine der einzelnen Gesellschaften allein marktbeherrschend, sondern erst die Summe der einzelnen Konzernunternehmen, so kann die Kartellbehörde gegen jede einzelne Gesellschaft vorgehen. Nur in diesem Fall soll die besondere Verbundenheit der Gesellschaften berücksichtigt

1) So aber Neumann WuW 57, 563. Für die einzelnen Konzernfirmen vertreten dies: Baumbach-Hefermehl § 1 Anm. 16, FK § 1 Tz 38; Günther WuW 60, 173

und sie einheitlich behandelt werden. § 22 Abs. V GWB ist eine Ausnahmeregelung ¹⁾, aus der Rückschlüsse auf den Unternehmensbegriff nicht zulässig sind. Die Bestimmung gilt nur bei marktbeherrschenden Konzernen. Bei diesen kann davon ausgegangen werden, daß in ihnen kein Wettbewerb herrscht, und daß eine umfassende Leitung und eine weitgehende wirtschaftliche Einheit besteht, da andernfalls kaum eine marktbeherrschende Stellung zu erreichen wäre. Aus diesem Grund ist die Gleichstellung des marktbeherrschenden Konzerns mit dem marktbeherrschenden Einzelunternehmen erfolgt. Da der Unternehmensbegriff des GWB nicht von der wirtschaftlichen Einheit, sondern nur von der rechtlichen Einheit der Unternehmen ausgeht, mußte § 22 Abs. V GWB eingefügt werden, um auch den Konzern entsprechend dem Unternehmen i.S. des § 22 GWB behandeln zu können. Wenn § 22 Abs. V GWB eine Ausnahmeregel darstellen würde, und der Konzern für § 22 GWB nicht als Unternehmen angesehen werden sollte, mußte ein Konzern auch mit anderen Unternehmen einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag schließen können. Das ist aber abzulehnen, da Konzerne mangels Rechtsfähigkeit keine Verträge abschließen können. Aus § 22 Abs. V GWB läßt sich daher nicht schließen, daß nur wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen einen Bindungsvertrag nach § 18 GWB schließen können.

Die Auffassung, die Unternehmenseigenschaft zu begrenzen und Probleme, die im Inhalt oder in den Wirkungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen liegen, bereits anhand des Tatbestandsmerkmals "Unternehmen" zu entscheiden, widerspricht auch der umfassenden Zielsetzung des GWB ²⁾. Diese Begrenzungs- und Abgrenzungsmaßnahmen, die im Kartellrecht besonders zahlreich sind, lassen sich auch hier aus der auf diesem Rechtsgebiet infolge der relativ neuartigen Lebenssachverhalte und Tatbestandskomplexe resultierenden

1) So auch Ulmer WuW 60, 172; Fikentscher, Festschrift für Hueck S. 558

2) BGH in WuW /E BGH 359 ff.

Unsicherheit erklären ¹⁾. Der Begriff des Unternehmens soll nur die Abgrenzung gegenüber Verträgen der privaten Sphäre ermöglichen und ist daher nicht eng auszulegen, so daß Lukes ²⁾ darin zu folgen ist, daß eine gesonderte Prüfung der Unternehmenseigenschaft überflüssig sei.

bb) Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen

Die Kundenschutzvereinbarung kann nur dann unter § 18 GWB fallen, wenn sie ein Vertrag über Waren oder gewerbliche Leistungen ist. Als Vertrag über Waren können nur Umsatzgeschäfte in Betracht kommen, deren unmittelbarer Vertragsgegenstand Waren sind ³⁾. Es reicht nicht aus, wenn diese nur unmittelbar auf Waren oder gewerbliche Leistungen sich beziehen; sonst wäre der Begriff "gewerbliche Leistungen" überflüssig, da alle Verträge, deren Gegenstand gewerbliche Leistungen sind, dann auch Verträge über Waren wären. Das Merkmal "Ware" ist nicht von der Substanzeigenschaft her zu definieren, entscheidend ist vielmehr, ob die Verkehrsanschauung den gehandelten Gegenstand als Ware betrachtet ⁴⁾. Während die Kundenschutzklausel beim kooperativen Eigenhändler sich unmittelbar auf Umsatzgeschäfte bezieht, ist dies bei der Abrede mit dem integrierten Eigenhändler wegen des Geschäftsbesorgungs- und Interessenwahrungselementes zweifelhaft ⁵⁾. Die Verträge zwischen den Handelsvertretern, Kommissionären und Kommissionsvertretern einerseits und ihren Auftraggebern andererseits sind ihrer Rechtsnatur nach nur Geschäftsbesorgungsverträge, also Dienst- oder Werkverträge, bei denen der Vertragsgegenstand keine "Ware", sondern eine

1) So Lukes, Festschrift für Böhm S. 222

2) Lukes, Kartellvertrag S. 77

3) Vgl. Rasch WuW 58, 211

4) Hoth WRP 1956, 262; Müller-Henneberg in GK § 1 Anm. 49

5) Vgl. Rittner DB 1957, 1095, der die mit einem - dem Handelsvertreter wirtschaftlich vergleichbaren - Eigenhändler abgeschlossenen Verträge nicht als "Verträge über Ware" ansieht.

Leistung ist, die dem Begriff der gewerblichen Leistung näher steht als dem der Ware ¹⁾. Auch beim integrierten Eigenhändler überwiegt die fremdbestimmte und interessenwahrende Tätigkeit die in dem formell geschlossenen Kaufvertrag zum Ausdruck kommende Trennung der Interessensphären. Der zwischen Hersteller und integriertem Eigenhändler geschlossene Kaufvertrag ist nur ein rechtstechnisches Mittel zur Abwicklung des Absatzes des Herstellers an den Wiederverwender oder Verbraucher. Da der Hersteller die entscheidenden Funktionen und Risiken des Vertriebs trägt, und der integrierte Eigenhändler einem umfassenden Weisungsrecht des Produzenten unterliegt, kommt die Übernahme der Ware einer treuhänderischen Inbesitznahme gleich. Diesem Innenverhältnis liegt aber eher ein Vertrag über gewerbliche Leistungen als über Waren zugrunde. Man darf die Unterscheidung nicht so sehr in der Dogmatik des Privatrechts suchen, sondern in einer gründlicheren Abwägung der Rechtstatsachen. Das GWB als wirtschaftspolitisches Ordnungsinstrument legt den Auswirkungen und wirtschaftlichen Folgen eine vorrangige Bedeutung gegenüber den geäußerten Absichten der Parteien und dem Vertragscharakter bei. Wirtschaftlich ist der integrierte Eigenhändler als Bestandteil der Absatzorganisation des Herstellers und dessen verlängerter Arm anzusehen, der fremdbestimmte Leistungen erbringt.

cc) Verträge über gewerbliche Leistungen

Ein Teil der Literatur ²⁾ hält die Leistungen der Handelsvertreter und Kommissionäre nicht für gewerbliche Leistungen i.S. des § 18 GWB, so daß der Vertrag mit dem Geschäftsherrn nicht unter § 18 GWB fällt. Diese Auffassung erstreckt Rittner ³⁾ auch auf den dem Handelsvertreter vergleichbaren Eigenhändler.

1) So Müller-Gries § 18 Anm. 2; Rittner DB 1957, 1092 Markenverband in MA 57, 427

2) Rittner DB 57, 1095, 1118; Müller-Gries § 18 Anm. 2; Rasch WuW 58, 212; Markenverband in MA 57, 427

3) Rittner DB 57, 1095; MA 58, 197

Rittner stützt vor allem seine Ansicht auf die Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, wo es in Ziff. 3 zu § 10 RE heißt: "§ 10 verbietet Bindungen bei Geschäften über Waren oder gewerbliche Leistungen Dagegen fallen unter § 10 grundsätzlich nicht Bindungen, die der Auftraggeber seinem Agenten über die Durchführung des Geschäftes auferlegt." Die Auslegung aus den Gesetzesmaterialien hat aber in erster Linie nur Kontrollfunktion. Sie hat ihre Bedeutung dann, wenn der auf ihrer Grundlage ermittelte Sinngehalt mit dem Ergebnis übereinstimmt, das mit Hilfe anderer Auslegungskriterien gefunden worden ist ¹⁾. Wenn es auch richtig ist, daß die Gesetzesmaterialien größeren Auslegungswert haben, je jünger das Gesetz ist ²⁾, auf das sie sich beziehen, so ist dem allgemein entgegenzuhalten, daß die Begründung zum Regierungsentwurf nicht den normativen Willen des Gesetzgebers wiedergibt, sondern diesen nur vorbereitet. Im Hinblick auf das GWB gilt aber besonders, daß wegen der häufigen Meinungsänderungen in der Entstehungsgeschichte die Äußerungen in der Begründung zum Regierungsentwurf wenig verwertbar erscheinen ³⁾.

Entscheidend für die Auslegung wird auch hier Sinn und Zweck des GWB sein. Seine Zielsetzung ist es, den Wettbewerb als natürlichen Ordnungsfaktor unserer Wettbewerbsordnung zu gewährleisten und die Märkte für den gesamten Geschäftsverkehr offenzuhalten. Die Absicht des GWB, den ganzen Wettbewerbsbereich zu erfassen, ist auch bei Auslegung des Merkmals "gewerbliche Leistung" zu berücksichtigen und insbesondere bei der hier interessierenden Frage, ob der Begriff "gewerblich" auch Geschäftsbesorgungsverhältnisse umfaßt, so daß man zu einem weiten Bedeutungsrahmen kommen muß ⁴⁾. Der Zweck des GWB wurde nur unvollkommen erfüllt,

1) Vgl. BVerfGE 11, 130; Leibholz-Rinck, Einführung Rdnr. 2

2) Vgl. Westermann-Lepsius NJW 66, 432

3) So auch Möhring NJW 63, 81 ff.; Lieberknecht-Gnauk BB 63, 1070

4) So auch BKA in WuW/E BKA 51 f.; Bartholomeyczik in GK § 22 Anm. 20

wenn man den gesamten Tätigkeitsbereich der Fremdinteressenwahrer, der einen vielseitigen und im Hinblick auf den Wettbewerbskampf immer bedeutenderen Wirtschaftsbereich ausmacht, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des GWB ausnehmen würde. Der Begriff "gewerbliche Leistung" ist ein Auffangtatbestandsmerkmal, das bedeutet, daß als gewerbliche Leistungen grundsätzlich alle Leistungen anzusehen sind, die unter Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, also im geschäftlichen Verkehr, erbracht werden, ohne Ware zu sein. Hierunter fällt auch die geschäftsbesorgende Tätigkeit des integrierten Eigenhändlers ¹⁾.

dd) Die Beschränkung in der Abschlußfreiheit

Die Kundenschutzvereinbarung fällt nur dann unter § 18 Abs. I Ziff. 2 GWB, wenn sie den Hersteller in seiner Vertragsabschlußfreiheit beschränkt, d.h. wenn er andere ²⁾ Erzeugnisse nicht mehr nach freier Wahl an Dritte abgeben kann. Durch die Kundenschutzklausel wird der Hersteller daran gehindert, sowohl an andere Händler in dem geschützten Gebiet zu liefern als auch selbst direkt an den geschützten Endverbraucher zu verkaufen. Die Abrede bringt daher eine Beschränkung für den Produzenten, die es ihm verbietet, "andere Waren an Dritte abzugeben".

1) Ebenso für die Geschäftsbesorgung Mayer-Wegelin § 1 Anm. 7; Schwartz in GK § 18 Anm. 19; Biedenkopf S. 17; FK § 15 Tz 23; Hoth WRP 56, 268; ähnlich auch die h.M. (vgl. Müller-Henneberg in GK § 1 Anm. 50; BKA Tätigkeitsbericht 59, S. 15, 60 S. 16, 61 S. 49; BKA in WuW E/BKartA 504), die als gewerbliche Leistung auch die schöpferischen, geistigen und künstlerischen Leistungen ansieht, wenn es um ihre Verwertung geht und sie somit am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.

2) Streitig ist, was unter dem Begriff "andere Waren" zu verstehen ist. Gleiss-Deringer-LutzAWD 58, 5 sind der Meinung, den Begriff i.S. von andersartigen Waren auslegen zu müssen. Walther WRP 58, 34 weist jedoch zu Recht daraufhin, daß sinngemäß gleichartige und andersartige Waren gemeint sind. Eine Ausklammerung gleichartiger Waren aus § 18 GWB ist sinnwidrig, da hierüber i.d.R. Ausschließlichkeitsbindungen vereinbart werden. Ebenso Baumbach-Hefermehl § 18 Anm. 6

a1) Das subjektive Recht und die Wettbewerbsordnung

Eine Beschränkung i.S. des § 18 Ziff. 2, 3 GWB setzt eine rechtliche Bindung der einen Vertragspartei voraus, die gerade durch die für unwirksam zu erklärende Vereinbarung begründet wird. Wenn eine solche Beschränkung sich schon aus einem der anderen Vertragspartei zustehenden absoluten Recht ergibt, dann unterliegt nach h.M. ¹⁾ ihre schuldrechtliche Wiederholung und Ausgestaltung nicht dem § 18 GWB. Absolute Verbotungsrechte, die der einen Vertragspartei kraft eines absoluten Rechtes zustehen, sind hiernach kartellrechtlich unantastbar, weil das aus dem subjektiven Recht fließende Wettbewerbsverbot im Grunde keiner Vereinbarung bedarf und dem GWB nicht unterfällt, da es nur Folge eines durch andere Gesetze veranlaßten Zustandes ist.

Der Versuch, ein dingliches Recht des Herstellers auf ungestörte Reglementierung des Absatzes seiner Waren in den nachfolgenden Wirtschaftsstufen mittels absoluter Rechte wie Eigentum, Warenzeichen- und Markenrecht und das Recht am Unternehmen zu begründen, ist unternommen worden. Dieser Gedanke liegt besonders dann nahe, wenn sich der Hersteller eines integrierten Eigenhändlers bedient, der als wirtschaftlich abhängiger Absatzmittler in die herstellereigene Vertriebsorganisation eingeordnet ist. Die Überprüfung eines solchen Ansatzpunktes stellt zunächst die Frage, ob der Inhaber eines absoluten Schutzrechtes befugt und durch das GWB nicht gehindert ist, innerhalb des Schutzrechtsbereiches seine eigene Marktordnung zu schaffen. Biedenkopf ²⁾ vertritt die Auffassung, daß subjektive Rechte nur im Rahmen ihrer sozialen Ordnungsfunktion bestehen können und niemals zu einer drittbezogenen Normativwirkung ermächtigen. Die Aufgabe des subjektiven Rechtes sei zwar die Zuordnung von Rechtsmacht,

1) Müller-Gries-Giessler § 18 Anm. 16; FK § 18 Tz 27, 50; Langen § 20 Anm. 100; BKA WuW/E 473

2) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung S. 116 ff.; Festschrift für Böhm S. 132 ff.

jedoch nur im Rahmen einer wertgebundenen Ordnung. Deren oberster Grundsatz sei aber die Chancengleichheit aller Rechtsträger. Durch die Anerkennung einer Ermächtigung an den Träger des subjektiven Rechtes, innerhalb dessen Schutzbereich eine eigene drittbezogene Marktordnung zu schaffen, sind Rückwirkungen auf die Chancengleichheit der Rechtsgenossen gegeben, zumal der Schutz des Besitzstandes sich unmittelbar auch auf die Chance seiner Vermehrung ausdehnt und somit eine gewisse Privilegierung bereits etablierter Marktbeteiligter bewirkt. Es ist aber fraglich, ob die absolute Chancengleichheit diese von Biedenkopf behauptete Überragende Bedeutung hat. Dieser absolute Primat der Gleichheit vor der Freiheit führt zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot, das mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar ist. Die Gleichheit tritt hinter dem Grundsatz der Privatautonomie zurück ¹⁾. Eine Funktionalisierung der Privatautonomie gefährdet den Rechtswert der Selbstbestimmung ²⁾, der der leitende Systemgedanke unserer Rechtsordnung ist. Diese als ein Kind abendländischer Kultur und insbesondere des politischen Liberalismus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ³⁾, will den Schutz der Rechtsgenossen als Individuen und erkennt sie als Zentren eigenverantwortlicher freier Aktivität an. Deswegen weist sie in Form von subjektiven Rechten dem einzelnen Befugnisse zu, die ihm die Rechtsmacht geben, seine Rechtssphäre eigenverantwortlich auf- und auszubauen, sowie gegenüber Dritten abzugrenzen und zu schützen ⁴⁾. Die Rechtsdogmatik ist als ein System subjektiver Rechte des einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre zu verstehen. Die primäre Funktion des subjektiven Rechtes liegt in der Zuweisung eines dem einzelnen zugehörigen Interessenbereichs, wodurch dem

1) G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung S. 9, 95

2) Vgl. Flume, DJT-Festschrift S. 141

3) Zum Einfluß des deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf die Rechtswissenschaft vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 229

4) So schon Savigny System I §§ 52, 53; vgl. auch Raiser in *Summum ius summa iniuria* S. 152 ff.

Berechtigten die ausschließliche Befugnis zur Einwirkung und Nutzung gewährleistet wird ¹⁾. Eine Vorrangigkeit der Chancengleichheit gegenüber der Privatautonomie würde den nach allen Seiten durch die Entwicklung eines Systems subjektiver Rechte gewährten Individualschutz gefährden, wenn nicht beseitigen.

Der von Biedenkopf zur Bekämpfung der Etablierung und Vermehrung wirtschaftlicher Marktmacht herausgearbeitete Gedanke des Primats der Chancengleichheit führt zu einer Relativierung des subjektiven Rechts im Verhältnis zur Marktmacht und setzt dessen Träger einem "Ausnahmerecht" ²⁾ aus. Die Rechtsmacht wird aber von der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf die tatsächliche wirtschaftliche Machtstellung dem Rechtsträger zugesprochen; das subjektive Recht ist in seinem Bestand gegenüber tatsächlicher Macht indifferent. Da Markt und Marktmacht wertfrei sind, hat die Rechtsordnung den Besitz von wirtschaftlicher Macht nicht verboten ³⁾. Die natürliche Unterschiedlichkeit der Menschen findet ihr Spiegelbild in der unterschiedlichen Fähigkeit, potentielle rechtliche Möglichkeiten zu realisieren. Die Rechtsordnung will keine Nivellierung dieser Möglichkeiten, da die wirtschaftliche Leistung des einzelnen das schöpferische und vorwärtstreibende Grundelement der freien Marktwirtschaft ist. Nicht die wirtschaftliche Macht wird von der Rechtsordnung bekämpft, sondern ihre rißbrüchliche - weil die Funktion des subjektiven Rechts als der Zuweisung von bestimmten rechtlichen Betätigungsmöglichkeiten übersteigende - Handhabung. Es gilt nicht Gleichheit, sondern allenfalls Gleichbehandlung ⁴⁾, was besagt, daß dem Inhaber wirtschaftlicher Macht gegenüber allen, die dieser Macht ausgesetzt und nach der Gerechtigkeit gleich zu

1) Jacobs, Eingriffserwerb S. 30 und Bucher, Das subjektive Recht S 55 ff. betonen die durch das subjektive Recht gewährte Handlungsfreiheit bzw. Normsetzungsbefugnis.

2) Nipperdey, Wettbewerb u. Existenzvernichtung S. 139

3) Vgl. Bartholomeyczik AcP 166, 69

4) Vgl. dazu auch G. Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz S. 174

behandeln sind, Diskriminierungen verboten sind. Dem Vorwurf der Diskriminierung ist ein Marktmächtiger eher ausgesetzt, da ihm gleich dem Inhaber öffentlicher Gewalt (Art. 3 GG) die Ungleichbehandlung untersagt ist, wenn er sich gegenüber seinen Marktpartnern durch Übliches Geschäftsverhalten gebunden hat (§ 26 Abs. II GWB) ¹⁾. Um einer möglichst großen Freiheit willen müssen Ungerechtigkeiten durch Gleichheitsverstöße bis zu einem gewissen Grad hingenommen werden ²⁾. Bei Kollision der durch subjektive Rechte gewährten Positionen ist auf die Güter- und Interessenabwägung als Regulator zu verweisen ³⁾.

Zwar ist die Gleichheit ein Element der Gerechtigkeit, jedoch bedarf es im Privat- und Wirtschaftsrecht erst ihrer Transformation in die Gesetzesebene ⁴⁾. Im Bereich des Wirtschafts- und Güterverkehrs Gleichgewicht und Unabhängigkeit herzustellen, ist Aufgabe des GWB ⁵⁾. Das GWB normiert aber keine absolute Chancengleichheit, sondern will durch das Verbot einzelner typisierter Wettbewerbsbeschränkungen offenkundige und schwere Beschränkungen der Chancengleichheit beseitigen bzw. verhindern. Es will weder dem Marktteilnehmer eine bestimmte wirtschaftliche Entschließungsfreiheit zu seinem Marktverhalten gewährleisten noch vorhandene inhaltliche nicht näher bestimmte wirtschaftliche Entschließungsfreiheit in all ihren Erscheinungsformen vor der "höher vollendeten Drohungstechnik" ⁶⁾ des mächtigeren Marktteilnehmers sichern ⁷⁾. Das Prinzip einer marktgerechten Ordnung verlangt nicht unbedingt

1) So auch Meyer-Cording, Festschrift für Nipperdey S. 545

2) So Schmidt-Rimpler, Wirtschaftsrecht S. 691

3) Vgl. BGHZ 24, 72; 27, 184; Kraft, Interessenabwägung S. 161 ff.; Fikentscher, Gewerblicher Rechtsschutz S. 220 f., Schuldrecht § 103 II

4) Vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm S. 73

5) Ebenro Raiser JZ 58, 6; Flume, Das Rechtsgeschäft S. 101.
Vgl. auch EUGH Rspr GH X 1147 S. 1179

6) Klein, Reden S. 276

7) Ausführlich hierzu Lukes, Festschrift für Böhm S. 224;
Kronstein ebenda S. 138

eine imaginäre, absolute Chancengleichheit, sondern lediglich den gegen Mißbrauch und Willkür gesicherten Güterumschlagsvorgang. Wenn es auch dem Ideal eines vollkommenen Marktes mehr ent-sprochen hätte, wirtschaftliche Machtanhäufung zu beseitigen und die Entstehung von Marktmacht zu verhindern, so hat das GWB, das das auf dem machterteilenden Prinzip des Wettbewerbs auf-bauende Grundgesetz unserer Wirtschaftsordnung und des Chancen-gleichen Marktverkehrs ist, bewußt darauf verzichtet. Es duldet wirtschaftliche Macht ¹⁾; es will nicht bestehende Marktmacht als Störfaktor im Wettbewerb beseitigen, sondern seine Aufgabe besteht allein darin, ihre unbilligen Auswirkungen zu begrenzen. Nicht jede Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Systems des voll-kommenen Wettbewerbs ²⁾ ist verboten, sondern nur eine solche, die von der Wirtschaftsgesetzgebung mißbilligt wird. Das Denkmodell des vollkommenen Wettbewerbs, das sich wegen mangelnder Markttransparenz und wegen der von jedem Wettbewerber durch Schaffung von Präferenzen für seine Waren angestrebten monopolisti-schen oder oligopolistischen Marktlage ³⁾ nicht realisieren läßt, ist nicht als Ziel des GWB anzusehen oder gar mit dem Begriff Wettbewerb im GWB gleichzusetzen ⁴⁾. Dieses wirklichkeitsfremde Modell ist auch als Leitbild und rechtlicher Bewertungsmaßstab unbrauchbar, weil das Gebot an Unternehmen, sich wie im voll-kommenen Wettbewerb zu verhalten, als ein zu allgemeines "Als-ob"-Verbot zu wenig klare Kriterien bringt ⁵⁾. Zudem ist der voll-kommene Wettbewerb - um in Anlehnung an Lasalle zu sprechen - ein "Nachtwächterwettbewerb", der volkswirtschaftlich wenig erstrebenswert erscheint.

1) So auch Raisch JZ 65, 629

2) Vgl. dazu Abbott, Qualität und Wettbewerb S. 113;
Eucken, Grundlagen S. 95 f

3) Zur Marktanalyse vgl. v. Stackelberg, Grundlagen S. 219 ff.,
231 ff.; Heuss, Markttheorie S. 62 ff.

4) So auch h. M. Müller-Henneberg in GK S. 63 m.w.N.

5) Vgl. dazu Rüper Weltw. Archiv 67, 226

Vielmehr geht es dem GWB darum, die vorhandene wirtschaftliche EntschlieBungsfreiheit in dem bisherigen Umfang gegen tatbestandsmäßige Beeinträchtigungen durch Mißbrauch der durch die Privatautonomie gewährten Befugnisse zu sichern ¹⁾.

Der Richter ist an die gesetzliche Wertung gebunden, die das Mindestmaß an Wettbewerb für die Aufrechterhaltung der sozialen Marktordnung als erforderlich und ausreichend festlegt.

In dieser zum Zwecke der Wettbewerbserhaltung geschaffenen Begrenzung der Privatautonomie liegt keine Abdankung des Rechtes zugunsten wirtschaftswissenschaftlicher Gesetze ²⁾; denn wenn man den Schutz des Wettbewerbs, der zwar einen wirtschaftlichen Sachverhalt darstellt, als Schranke der rechtlichen Normsetzungsbefugnis durch Privatautonomie ansieht, so liegt darin nicht nur ein volkswirtschaftliches Mittel zur Versorgungsoptimierung, sondern in der Ordnung wirtschaftlicher Kräfte liegt zugleich eine Marktordnung der Wirtschaft unter übergeordneten Zwecken ³⁾. Der Bezug zum Recht liegt in der auch den Wettbewerb erst ermöglichenden Verwirklichung der Leistungsgerechtigkeit: Jeder soll nach seinem produktiven Beitrag auf dem Markt entlohnt werden. Nach alledem ist also die durch subjektive Rechte gewährte Rechtsmacht nicht durch das GWB beseitigt. Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung auch in §§ 20 Abs. I, 21 Abs. I GWB. Diesen Vorschriften liegt der Gedanke zugrunde, daß Wettbewerbsbeschränkungen zur Auswertung legaler Monopole im Rahmen des Schutzbereiches zulässig sind. Diese Auswertung ist auch auf andere absolut geschützte Rechte anwendbar, weil auch bei diesen der Konflikt von gesetzlichem Ausschluß- und Gestaltungsrecht sowie Wettbewerbs-

1) So besonders Lukes, Festschrift für Böhm S. 224 ff., der den Schutz vor Beeinträchtigungen des Handlungsablaufes im Rahmen der Gegebenheiten als Zweck des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen ansieht.

2) So aber Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen S. 24 f.

3) Vgl. ausführlich Jähr, Wirtschaftsordnung S. 231 ff. Ballerstedt, Festschrift für Böhm S. 180; Böhm in Recht und Staat Nr. 153/154, insbes. S. 46 ff.

freiheit zu lösen ist. Die Ausdehnung ergibt sich auch daraus, daß der Patent-und Gebrauchsmusterschutz nicht allein die Erfinderleistung, sondern auch die Investitionsleistung als förderungs-und schutzwürdig ansieht ¹⁾; neben den Erfinderschutz ist der Schutz des Gewerbebetriebes getreten ²⁾.

Fraglich bleibt aber, ob allein der Inhalt des Schutzrechtes, wie er sich aus dem einschlägigen Schutzrechtsgesetz ergibt, entscheidend ist ³⁾, oder ob der Zweck des GWB, den Markt offenzuhalten, restriktiv zu berücksichtigen ist. Der in §§ 20 Abs. I, 21 Abs. I GWB liegende Grundgedanke findet seine Einschränkung in § 20 Abs. IV GWB, so daß die Ermächtigung zur Errichtung einer eigenen Marktordnung zum Zwecke der Verwertung des Schutzrechtes unter Ausschluß Dritter zweifelhaft erscheint. In der Tat kommt dem GWB in Bezug auf die Gesamtrechtsordnung eine integrierende Wirkung zu, die einmal bei der Konkretisierung und Begrenzung der wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Schutzrechtsbereiche und zum anderen bei der Anwendung der aus diesen Bereichen erwachsenden Macht zu berücksichtigen ist. Eine absolute Ausschlußbefugnis gilt nur in dem Bereich, der dem Rechtsträger ausschließlich zugeordnet ist. Es gilt also den Zweck des GWB bei der Ermittlung des streng geschützten Zuweisungsgehaltes ⁴⁾ eines Rechtes und bei der Beurteilung des Gebrauchs der daraus gewährten Marktmacht heranzuziehen ⁵⁾. Die einzelnen Schutzrechtsgesetze müssen auch in seinem Geiste ausgelegt werden: Je einschneidender die

1) So auch Machlup, Patentwesen S. 239; Langen Vorb. 3 vor §§ 20, 21 GWB; Oberrichter Douglas in *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.* 329 US 637 (1947)

2) Zu dieser Entwicklung vgl. die Anlage zur Konzentrationsenquete. BT-Drucksache IV 2320 S. 780

3) So aber wohl die h.M. BGH GRUR 61, 627; BKA Tätigkeitsbericht 1960, 18; 1963, 69; Reimer in GK § 20 Anm. 20; Magen, Lizenzverträge S. 27; Lang, Common Market S. 402. Vgl. auch Art. 4 II VO Nr. 17

4) Zu diesem Begriff Westermann, Sachenrecht § 2; Mestmäcker JZ 58, 525

5) Zur Fernwirkung gesetzlicher Wertungen vgl. Heck AcP 112, 230

vom Schutzrechtsinhaber getroffenen Beschränkungen sind, desto stärker muß das Schutzrecht ausgebaut sein, um die Beschränkung Dritter von dem Zuweisungsgehalt des Rechtes zu decken. Die dem Schutzrechtsträger zustehenden Befugnisse dürfen wie das Eigentum nur im Rahmen der Gesetze ausgeübt werden. Von einer tatsächlichen ausschließlichen Machtstellung darf der Schutzrechtsinhaber nur unter Berücksichtigung des GWB Gebrauch machen. In Grenzfällen wird eine Güter- und Interessenabwägung zwischen dem Individualschutz des Rechtsgutsträgers und dem im Wettbewerbsprinzip steckenden Gebot der Entlohnung nach dem jeweiligen produktiven Beitrag zu suchen sein.

a2) Das Recht am Unternehmen und systematischer Kundenschutz

In der Literatur ¹⁾ sind die Versuche zahlreich, mittels des Rechtes am Unternehmen, das auch die Ausstrahlungen der unternehmerischen Tätigkeit schütze, ein Recht auf Reglementierung und Beschränkung des Absatzweges zu begründen. Ein gebundenes Vertriebssystem sei ein Bestandteil und oft die hervorstechendste Erscheinungsform des Unternehmens. Seine Bedeutung liege darin, daß die Wertvorstellungen der Verbraucher über die Leistungen des Unternehmers dadurch wesentlich beeinflußt werden. Dies sei eine geistige Leistung des Herstellers, die wie gewerbliche Schutzrechte schutzwürdig sei. Es habe auch vor der geltenden Wettbewerbsordnung Bestand, da das GWB es ausdrücklich zugelassen und in seinen Wirkungen gewollt habe ²⁾.

Dieser Meinung ist aber nicht zu folgen, wenn dem Recht am Unternehmen gänzlich ein ausschließlicher Zuweisungsgehalt

1) Siehe Koenigs JUS 65, 389; Lehmppfuhl, Vertriebsbindungen S. 12; v. Brunn, Eigenhändler S. 349; Martino MA 63, 738; Schramm JZ 63, 271; vgl. auch OLG Köln GRUR 61, 149 f.; LG München NJW 62, 1969

2) So besonders Lehmppfuhl, Vertriebsbindungen S. 130

abzusprechen ist ¹⁾. Nach Biedenkopf ²⁾ ist dieses Recht nicht personenbezogen, sondern zweckbezogen im Hinblick auf die Gewährleistung eines lauterer und umfassenden Wettbewerbs. Der Inhaber eines solchen Rechtes klagt bei dessen Verletzung nicht als unmittelbar Betroffener, sondern als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung", als Begünstigter der in dem Recht verkörperten Institution Wettbewerb. Sein Begehren sei nur dann begründet, wenn er dartun kann, daß er sich im Rahmen der beanspruchten Institution hält, und sein Anspruch den Zweck der Institution nicht verfehlt, für deren Verwirklichung er zugleich handelt ³⁾. Das Recht am Unternehmen ist nach dieser Auffassung ein Mittel zur Ordnung typischer Lebensverhältnisse zwischen Rechtssubjekten, die in ihrer Ausgestaltung und Wertung durch andere gesetzliche Entscheidungen immer wieder beeinflußt und sogar in Frage gestellt werden kann. Der Inhaber eines solchen Rechtes kann von jedermann verlangen, sich so zu verhalten, daß die freie wettbewerbliche Entfaltung des Unternehmens nicht rechtswidrig beeinträchtigt wird. Ein solches auf Abwehr rechtswidriger Eingriffe gerichtetes Verbotungsrecht gibt noch kein Recht auf die Schaffung einer eigenen Marktordnung. Es macht rechtlich einen großen Unterschied, ob eine Rechtsphäre gegen rechtswidrige Eingriffe geschützt ist, oder ob dieser Bereich so ausgestaltet ist, daß dem Berechtigten ein Herrschaftsbereich zugewiesen ist, der bestimmte Befugnisse zum Auf- und Ausbau der Interessensphäre gewährt. Im letzteren Fall ist

1) So v. Caemmerer, DJT-Festschrift, Bd. II S. 89 f.; Esser, Schuldrecht § 202 1 b ff.; Raiser JZ 62, 469; Mestmäcker JZ 58, 526

2) Biedenkopf, Festschrift für Böhm S. 134

3) Diese Argumentation geht auf Kelsen's Strukturlehre der Rechtsordnung zurück, die besagt, daß Ansprüche einzelner Reflexe des als Pflichtenordnung zu verstehenden objektiven Rechts und die subjektiven Rechte nur rechtstechnische Hilfsmittel zu deren Durchsetzung sind. Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre S. 130 ff.

jeder Eingriff in die geschützte Position rechtlich mißbilligt ¹⁾.

Wenn auch das Recht am Unternehmen in einen unmittelbaren Spannungs- und Wechselwirkungsverhältnis zu den Grundregeln der Wettbewerbsordnung steht, so enthält er doch einen durch Arbeit und Kapital geschaffenen Wertkern. Beim Recht am Unternehmen steht nicht so sehr ein Persönlichkeitsrecht im Vordergrund ²⁾ als vielmehr ein Vermögenswert. Nach den bisherigen Entscheidungen der Gerichte soll nicht die Erwerbs- und Berufstätigkeit als solche, sondern nur die ungestörte Tätigkeit des eingerichteten Gewerbebetriebes geschützt werden ³⁾. Wie Lorenz ⁴⁾ mit Recht feststellt, geht das Interesse des Unternehmers dahin, die im Unternehmen steckenden Kapitalien arbeiten zu lassen und vor Entwertung zu bewahren, die die Folge einer Stilllegung oder Beeinträchtigung des Betriebes sein müßten. Das Unternehmen ist ein die Einzelstücke wertmäßig übersteigendes Gut, dem der Charakter eines eigentumsähnlichen Rechtes zukommt. Maßnahmen zur Sicherung freien Wettbewerbs werden stets darauf Bedacht nehmen müssen, bestimmte schöpferische Unternehmerleistungen, die der Motor einer dynamischen Wirtschaft sind, zu sichern und zu deren Ermöglichung anzuregen. Die Substanz des Unternehmens weist wie das Eigentum dem Inhaber bestimmte Befugnisse zu, so auch das Recht, innerhalb dieser Sphäre sich selbst keinen Wettbewerb zu schaffen.

Es ist also nicht richtig, wenn dem Unternehmer a priori der Vorwurf eines Mißbrauchs des Rechtes am Unternehmen, das nur als ein wettbewerbsrechtliches Institut zu verstehen sei, gemacht wird, wenn er eine eigene Marktordnung schafft. Überhaupt erscheint ein solcher Vorwurf nur berechtigt, wenn es um Ordnungstypen geht, die

1) Wenn auch nicht unbedingt widerrechtlich i.S. des § 823 Abs. I BGB, so doch ungerechtfertigt i.S. des § 812 BGB.

2) So aber Hubmann ZgesHR 117,44

3) Vgl. das Erfordernis des betriebsbezogenen Eingriffs BGHZ 29,70

4) Lorenz, Schuldrecht II S. 424

einen unantastbaren Wesensgehalt haben. Nur wo das Gesetz hinter der Summe der Einzelregelungen einen Typus ¹⁾ ausgeformt hat, ist institutionelles Denken angebracht ²⁾. Namentlich in einem demokratischen Sozialstaat ist ein Wettbewerbsrecht niemals idealtypisch ausgestaltet, sondern es folgt sowohl ethischen wie wirtschaftlichen Postulaten ³⁾. Trotz der durch die Abwägung verschiedener konkurrierender Werte erschwerten Rechtsfindung erfordert die Einheit der Rechtsordnung eine solche Einbeziehung ⁴⁾.

Die Grenze des mit Zuweisungsgehalt ausgestatteten Wertkerns liegt aber in der konkreten Zweckbestimmung des Unternehmens, als Ausgangspunkt gewerblicher Tätigkeit zu dienen. Hierher gehört nicht der Bereich, der sich auf die Marktgegenseite bezieht, also auf Nachfrageplanung und Goodwill, weil diese - zumindest teilweise - nicht ohne die freie Mitwirkung Dritter denkbar sind, die jederzeit versagt werden kann. Diesem Aktionspotential, das darin besteht, durch Einsatz der Substanz der Sach- und Rechtsgesamtheit das Unternehmen zu vergrößern und die Geschäftsabschlüsse zu mehren, fehlt die Zuweisung an den einzelnen. Der Absatzbereich muß im Wettbewerbskampf immer neu erobert werden, für den die Rechtsordnung Spielregeln, aber keine festen Monopolstellungen gibt. Die einzelnen Unternehmen stehen im stetigen gegenseitigen Kampf um die Gunst der Partner auf der Marktgegenseite. Die sich aus diesem Kampf ergebenden Beeinträchtigungen sind wettbewerbseigen, die ein Recht am Unternehmen nicht abwehren kann und darf. Eine andere Auffassung

1) Zum Begriff des Typus vgl. Larenz, Methodenlehre S. 333 ff.

2) Davor warnt schon v. Ihering, Römisches Recht Bd. III S. 266 ff.; wenn er in juristischen Institutionen "Isolierungsapparate" sieht, die dazu verleiten, gewisse Wirkungen, die einem passen, aus dem Rechtstypus zu isolieren, die anderen dagegen zu verdrängen. Vgl. auch Esser, Rechtsfiktionen S. 87

3) Vgl. Bär, Kartellrecht S. 280;

4) Dagegen aber wohl Krüger, Allgemeine Staatslehre S. 454 ff.; Schluep WuR 1966, 70 ff.

würde einer wirtschaftlichen Friedensordnung, nicht aber der Kampfordnung der Wettbewerbswirtschaft angemessen sein ¹⁾.

Die Verflechtung von Hersteller und alleinverkaufsberechtigten Eigenhändler gehört zu diesem Aktionspotential. Ein durch vertikale Integration und Kooperation geschlossener Markt entspricht nicht - wie sich aus § 18 GWB ergibt - dem Leitbild des GWB von der Offenhaltung der Märkte. Zwar duldet es bis zu einem gewissen Grad die vertragliche vertikale Marktregelung, zwingt aber nicht diejenigen, die außerhalb stehen, sich geradeso zu verhalten, wie sich aus der bewußten Ablehnung einer "non-signer-Klausel" ²⁾ ergibt. Die Einbeziehung des marktregelnden Vertragswerks in den Zuweisungsbereich würde zu einer wirksamen Sicherung vertraglicher Marktregelungen gegen Außenseiter führen. Das Verhalten des Außenseiters ist aber auf dem Hintergrund der im GWB entfalteten Vorstellung von der Dynamik des freien Wettbewerbs als erlaubt, ja als wünschenswert anzusehen. Der Inhaber des Absatzsystems und der Außenseiter sind gleich schutzwürdig, da beide nur zum eigenen Vorteil handeln und niemand verpflichtet ist, fremden Vorteil dem eigenen voranzustellen ³⁾.

b2) Das Eigentum

Nun könnte sich aber in all den praktisch sehr zahlreichen Fällen, in denen der Eigenhändler nicht Eigentümer der Ware im Zeitpunkt des Zweitgeschäftes ist, ein Recht des Herstellers auf Reglementierung seines Absatzweges ergeben ⁴⁾.

1) So Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf S. 290

2) Vgl. dazu Fikentscher, Preisempfehlung S. 47

3) Vgl. OLG Frankfurt BB 63, 789, das die von den beiden Marktteilnehmern verfolgten verschiedenartigen Wirtschaftsprinzipien rechtlich als gleich schützenswert behandelt.

4) So Würdinger GRUR 49, 277; Sieg BB 51, 296; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 360 f.; FK § 15 Anm. 48; Weber, Grundrechte Bd. 2 S. 358

Es ist allseits ¹⁾ anerkannt, daß auch über die in § 90 BGB statuierte freie Verfügungsbefugnis hinaus ein Recht des Eigentümers darauf, die Verkaufsbedingungen und den Kaufpartner frei zu bestimmen, aus dem Zuweisungsgehalt des Eigentums folge. Wenn der Zuweisungsgehalt tatsächlich so weit geht, dann sind die marktregelnden Absprachen auch gegenüber dem GWB gedeckt. Das Eigentum ist unabdingbar mit der Marktwirtschaft verbunden und gehört zu den bei der Auslegung des GWB wesentlichen Werten ²⁾.

Die in § 903 BGB zugewiesene Einwirkungsmacht umfaßt aber nicht das Recht auf freie Partnerwahl. Aus der Trennung von Kausal- und Verfügungsgeschäft ist zu folgern, daß die Verfügungsmacht i.S. des § 903 BGB nur die rechtliche Möglichkeit beinhaltet, durch Rechtsgeschäft auf das Eigentum unmittelbar einzuwirken. Hierfür ist aber die Suche nach dem Vertragspartner ohne Bedeutung; sie fällt vielmehr in den Bereich des Kausalgeschäftes, für das der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt. Die Freiheit der Partnerwahl beruht auf dem Parteiwillen, dem die Rechtsordnung in der Form der Vertragsfreiheit für die Ausgestaltung des schuldrechtlichen Geschäftes weitgehend freie Hand läßt. § 903 BGB gibt dem Eigentümer nur das Recht, mit der Sache als Gegenstand seines Eigentums nach Belieben zu verfahren. Bei einer Ausschußklausel wird nicht über die Sache verfügt oder eine Bestimmung über sie getroffen, sondern die Partnerfreiheit Dritter beschnitten. Die freie Auswahl des Partners beruht aber auf der geschäftlichen Freiheit des einzelnen ³⁾.

Dies gilt auch gegenüber der Meinung, die aus dem ursprünglichen Eigentum des Herstellers ein Recht am Goodwill der Waren

1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 302; Bettermann, Preisrecht S. 5; a.A. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft S. 43, aber ohne Begründung.

2) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassung S. 78 f.; Gunther WuW 63, 194

3) Zur ähnlichen Problematik in § 1018 BGB vgl. BGHZ 29, 248

im weiteren Absatzweg abzuleiten versucht ¹⁾. Nach dieser Auffassung überträgt der Hersteller zwar das nackte Eigentum an den Alleinverkaufsberechtigten, teilt aber mit diesem das Recht auf die Ausschließlichkeit des Inverkehrsetzens.

Hefermehl ²⁾ hält eine Bindung für gültig, wenn durch sie der Händler zu etwas verpflichtet wird, was er ohnehin nicht frei bestimmen kann. Dies ist nach Hefermehl dann der Fall, wenn der an den ihm zugewiesenen Kundenkreis gebundene Händler über fremde Güter verfügt. Er schließt dies induktiv aus dem Beispiel, daß ein Hersteller den Händler verpflichten könne, nur unter Weitergabe des Eigentumsvorbehaltes die Waren zu veräußern. Die Befugnis beruht aber nicht auf dem Eigentumsrecht. Sinn und Zweck von §§ 15, 18 GWB verlangen, daß Bindungen der Gestaltungs- und Abschlußfreiheit auch bei Käufen unter Eigentumsvorbehalt der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen, da die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Marktverhältnisse hier ebenso groß sind wie bei normalen Kaufverträgen.

c2) Das Warenzeichenrecht

Ein dingliches Recht des Herstellers darauf, für die mit seinem Warenzeichen versehenen Waren eine eigene Marktordnung zu schaffen, läßt sich auch nicht aus dem Warenzeichenrecht herleiten. Callmann ³⁾ aber hat den Versuch unternommen, dem Hersteller auf dem Wege des Zeichenrechtes ein Kontrollrecht einzuräumen. Nach Callmann ist das Warenzeichen das Symbol für ein Unternehmen oder eine Ware. Solange das Warenzeichen als Symbol bestehen bleibe - aufgrund einer Zusammenarbeit zwischen dem Unternehmer, der das Symbol geschaffen hat, und dem Publikum, das das Symbol als solches begreift und akzeptiert, bestehe das Recht am Warenzeichen.

1) Morera, Le Droit et les Affaires 1965 Document XIII; vgl. auch die Ansicht der italienischen Regierung in der Rechtssache 32/65 des EuGH. Rspr. EuGH XII S. 470 ff.

2) Baumbach-Hefermehl § 15 GWB Anm. 15

3) Callmann GRUR 63, 461; ähnlich auch Sölter, Marktintegration S. 13; Tribunal de Commerce de Lorient, Revue Internationale de la Concurrence 1965, 42

Dies werde in keiner Weise durch Vorgänge wie Inverkehrbringen und Verkaufen der Ware berührt. Die Marke führe ein Eigenleben auch ohne Ware, solange nur ein Unternehmen bestehe, das sie symbolisiert. Es sei nicht technisches Mittel zur Identifikation der Ware, sondern es beeinflusse im höchsten Maße das Bild des Goodwills des Unternehmens. Hierin sieht Callmann den Ansatzpunkt und die Rechtfertigung für eine Verdinglichung des Vertriebsweges.

Diese Auffassung von der Zuweisung einesdinglichen Vertriebsmonopols des Warenzeicheninhabers bis hin zum Verbraucher beruht auf einer mangelnden Berücksichtigung der Funktion des Warenzeichens, nämlich der Kennzeichnung der Herkunft der Ware und ihrer Unterscheidung von anderen Waren, nicht aber einer Marktkontrolle zu dienen. Callmanns Ansicht führt zu einer Sonderstellung der Ware, zu einem Schutz ihrer kommerziellen Verwertung und damit zu einer Marktzuweisung. Der Zuweisungsgehalt des Zeichenrechts besteht aber in der unterscheiden-
den Kennzeichnungskraft ¹⁾. Das Zeichenrecht ist nicht ein die Ware begleitendes, das Sacheigentum überlebendes Recht des Herstellers, das diesem die Befugnis gibt, den weiteren Vertriebsweg der Ware zu bestimmen. Dies widerspräche einmal der Eigentumsordnung, da für den Wiederverkäufer der bestimmungsmäßige Gebrauch der Ware in der freien Veräußerung liegt, zum anderen aber auch dem Warenzeichenrecht, das keinen Tätigkeitsbereich zuweist ²⁾. Weiter hat das Warenzeichen keinen absoluten Charakter insofern, als es dem Inhaber lediglich das Recht gibt, den Gebrauch zur Kennzeichnung verwechselungsfähiger Produkte zu verbieten. Solange keine Verwechslungsgefahr besteht, ist der simultane Gebrauch des Zeichens nicht untersagbar ³⁾.

1) Mestmäcker JZ 58, 525; ähnlich Schluep, Markenrecht S. 81 f. BGHZ 41, 84; a.A. wohl v. Gamm § 15 Rdnr. 29

2) Ähnlich Mestmäcker JZ 58, 525, der von den engen Grenzen der rechtsgeschäftlichen Übertragungsfähigkeit des Warenzeichens her auf dieses Ergebnis schließt.

3) Vgl. Storkebaum-Kraft § 31 Anm. 8. Die Prüfung der Unterscheidungskraft ist auf die Waren der Zeichenanmeldung zu beschränken. Vgl. dazu v. Gamm § 4 Anm. 33

Wenn auch die Alleinstellung des Eigenhändlers Präferenzen schafft, so sind diese nicht Schutzgegenstand des Zeichens, weil sie nichts mit dem Zweck des Warenzeichens, vor Verwechslung zu schützen, zu tun haben. Das Warenzeichen rechtfertigt nicht die Aufteilung des Marktes unter ausgewählten Händlern.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Produkthaftung, die dem Hersteller die Verantwortung für die Qualität der Ware nicht nur gegenüber seinem Vertragspartner, dem Händler, sondern auch gegenüber späteren Erwerbern aufbürdet ¹⁾. Diese Haftung läßt sich nicht aus einer Güte-(Garantie-)funktion des Warenzeichens herleiten ²⁾. Seinem Wesen ist nur eine dem Inhalt der Herkunftsfunktion entsprechende Garantiefunktion eigen. Aus dem Warenzeichen folgt lediglich ein Schluß auf die "Gleichmäßigkeit der Ursprungstätte" ³⁾ und somit für den Abnehmer eine Garantie nur dieses Inhalts. Aus diesem Grunde hat der Inhaber nach Inverkehrbringen der Ware nur eine Kontrolle über die ordnungsgemäße Verwendung seines Zeichens, nicht aber über die seiner Waren. Die Garantiefunktion ist also nur Bestandteil der Herkunftsfunktion.

Auch sonst zwingt das Institut der Produkthaftung nicht zu einer Ausdehnung des Kontrollbereichs des Herstellers über den Absatz seiner Waren. Die Herstellerhaftung betrifft nur solche Mängel, die aus der Betriebsphäre des Produzenten kommen, nicht aber auch solche, die die Ware auf dem Wege zum Verbraucher außerhalb des Betriebes bekommen hat. Nur Fehler, die ihre Ursache im Entwicklungsstadium des Erzeugnisses, im Herstellungsprozeß oder in der mangelhaften Aufklärung des Verbrauchers (lückenhafte Gebrauchsanweisung) haben, sind Haftungsgegenstand dieser Rechtsfigur.

1) Zur Produkthaftung vgl. Müller AcP 165, 285 ff.; Diederichsen, Haftung des Warenherstellers S. 15 ff.; Rehbinder ZgesHR 129, 171 ff.

2) So aber Müller AcP 165, 306

3) RGZ 161, 37; 110, 236

b1) Das Zwischenergebnis

Tatbestandsmäßige Bindungen sind durch subjektive Rechte nur dann gerechtfertigt, wenn deren Zuweisungsgehalt die vertikalen Bindungen deckt. Maßgebend ist, daß der Zuweisungsgehalt des ausgeübten Rechtes stark genug ist, um die vertikale Wettbewerbsbeschränkung aufzufangen, und diese Bindungen den Rahmen des Rechtes nicht sprengen. So sind nicht ohne weiteres die im Zusammenhang mit Markenwaren auferlegten vertikalen Beschränkungen zulässig. Auch der good-will ist kein legales Monopol für solche Bindungen ¹⁾. Die Kundenschutzklausel findet keine Rechtfertigung durch ein absolutes Recht des Herstellers.

bb) Die Bindungen des Eigenhändlers

Die Kundenschutzklausel beschränkt aber auch den Eigenhändler in seiner wirtschaftlichen Abschlußfreiheit. So ist er in den Fällen, in denen der Hersteller ein System von Alleinvertriebsverträgen geschlossen hat, gehalten, nur an die ihm geschützten Kunden oder nur in dem ihm zugewiesenen Gebiete zu verkaufen. Er ist nur in seiner Freiheit beschränkt, die gelieferten Waren an Dritte zu verkaufen. Es handelt sich insoweit um eine Vertriebsbindung nach § 18 Ziff. 3 GWB. Zugleich trifft den integrierten Eigenhändler die Verpflichtung, seine Waren nur von seinem Vertragspartner zu beziehen und keine Konkurrenzprodukte zu vertreiben (Ausschließlichkeitsbindung gem. § 18 Ziff. 2 GWB). Während sich beim kooperativen Eigenhändler aufgrund seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit die Vertriebsbindung als Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit i.S. des § 18 GWB erweist, kann man dies ohne weiteres von der Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindung beim integrierten Eigenhändler

1) So aber wohl die h.M. vor Inkrafttreten des GWB.
Vgl. Mährling WuW 53, 542 f.; Dörinkel WuW 53, 663 f.;
Bussmann WuW 53, 131; Spengler WuW 54, 260; a.A. aber
wohl Meyer Ordo 1954, 133

aufgrund seiner Interessenwahrerstellung nicht sagen.

Nach Hefermehl ¹⁾ will das GWB nur der privatautonomen Vertragsgestaltung Grenzen setzen, nicht aber solche Bindungen erfassen, die als Folge von der Rechtsordnung anerkannter Vertragsgestaltungen in der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse liegen. Dies will besagen, daß die einem rechtlich anerkannten Rechtsverhältnis immanenten Bindungen nicht vom GWB erfaßt werden. Nach seiner Meinung brauchen die Bindungen zwar nicht den Hauptvertragsinhalt darzustellen, sie müssen aber zur Verwirklichung des Hauptvertragszweckes erforderlich sein. Ist das Rechtsverhältnis als solches von der Rechtsordnung anerkannt, dann muß auch die notwendig in ihr enthaltene Bindung anerkannt sein, die erst eine sinnvolle Gestaltung des Rechtsverhältnisses ermöglicht. Beim integrierten Eigenhändler wird der Zweck des Händlervertrages erst durch die Verpflichtung, die Interessen des Herstellers zu wahren und seinen Weisungen zu folgen, wirtschaftlich sinnvoll erfüllt. Diese Geschäftsbesorgerstellung des integrierten Eigenhändlers könnte zwei Gründe dafür liefern, nach denen von einer durch das GWB mißbilligten Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des integrierten Eigenhändlers nicht gesprochen werden könnte: Einmal die dem Geschäftsbesorgungsvertrag wesenseigene Bindung und zum anderen die gesetzlich anerkannte Bindung.

a1) Die wesenseigene Bindung

In der Literatur ²⁾ wird die Meinung vertreten, daß § 18 GWB keine Bindungen in solchen Verträgen erfaßt, die ihrer Natur nach diese Bindung enthalten, die Bindungen mußten vielmehr über das hinausgehen, was die Rechtsordnung für diesen Vertragstyp als Regelfall unterstellen.

1) Baumbach-Hefermehl Vorb. 3 vor §§ 15 ff. GWB

2) Vgl. Lanzenberger GRUR 58, 597; Müller-Gries-Giessler § 18 Anm. 17; Baumbach-Hefermehl § 18 Anm. 1, 26; Rasch WuW 58, 212; Schwartz in GK § 18 Anm. 19

Da der integrierte Eigenhändler Geschäftsbesorger ist, unterliegt er gem. §§ 675, 665 BGB, 86 Abs. I HGB analog den Weisungen des Herstellers, in deren Rahmen sich - wie §§ 86, 87 Abs. II HGB zeigen - die Beschränkung der Tätigkeit auf bestimmte Kunden oder Gebiete bzw. das Verbot des Verkaufes von Waren anderer Hersteller durchaus halten. Diese Bindungen sind also dem Geschäftsbesorger seiner rechtlichen Natur nach wesenseigen und gehen nicht über den Regelfall eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses hinaus.

Dieser Argumentation ist aber entgegenzuhalten, daß jedem Ausschließlichkeits-, Vertriebsbindungs- und auch Preisbindungsvertrag die Bindung eigentümlich ist, und daß trotzdem auf sie das GWB Anwendung findet. Das GWB verhält sich neutral gegenüber der Frage, ob eine Bindung aus der Natur eines Rechtsverhältnisses folgt. Für die allgemein vom GWB verfolgten Zwecke kommt es nicht darauf an, ob gewisse Bindungen dem betreffenden Rechtsverhältnis wesensfremd oder wesenseigen sind, vielmehr ist allein entscheidend, welche wirtschaftlichen Folgen im Hinblick auf die Wettbewerbslage eine bestimmte Vertragsgestaltung nach sich zieht. Daher ist auch der Auffassung, daß § 18 GWB nur Leistungsaustausch-, nicht aber Geschäftsbesorgungsverträge betreffe ¹⁾, zu widersprechen, denn für ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind nicht der Vertragstypus als solcher, sondern die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vertrages maßgebend.

b1) Die gesetzlich anerkannte Bindung

Eine andere Auffassung im Schrifttum ²⁾ hält § 18 GWB dann für unanwendbar, wenn eine Bindung schon in anderen Gesetzen anerkannt ist. Die Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindung ergibt sich für den integrierten Eigenhändler zwar nicht unmittelbar aus

1) So aber Rittner DB 57, 1118, MA 65, 101 f.; Rasch-Westrick § 18 Anm. 6; Loebell WRP 64, 33 f.

2) Vgl. OLG Düsseldorf DB 57, 656; Rittner, Ausschließlichkeitsbindung S. 145; Schwartz in GK § 18 Anm. 19; FK § 18 Anm. 49; BKA, Tätigkeitsbericht 1964 S. 15

gesetzlichen Vorschriften, jedoch ist aus §§ 675, 665 BGB, 86 Abs. I HGB mittelbar der Schluß auf eine gesetzliche Anerkennung der genannten Bindungen zu ziehen. In der vertraglichen Vereinbarung dieser Bindungen liegt lediglich die Wiederholung gesetzlicher Bestimmungen, die im Vertrag nur in Hinblick auf den Einzelfall konkretisiert werden. Die hieraus zu folgernde Auffassung, daß die Bindungen des integrierten Eigenhändlers wegen ihrer Anerkennung in gesetzlichen Vorschriften nicht unter § 18 GWB fallen, ließe sich auch auf § 109 Abs. II GWB stützen, da dort die Vorschriften der §§ 675, 665 BGB, 86 Abs. I HGB nicht genannt sind ¹⁾.

Diese Auffassung übersieht aber die Integrationswirkung des GWB, die darin besteht, daß bei der Gesetzesauslegung die im GWB getroffenen normativen Wertungen heranzuziehen sind. Das GWB als Ordnungsgesetz stellt einen Eingriff in die gesamte privatrechtliche und gesellschaftliche Ordnung dar ²⁾. Die Aufgabe des GWB, die Wirtschaft vor Wettbewerbsbeschränkungen zu bewahren, verlangt auch die Einbeziehung in anderen Gesetzen erlaubter Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie die Tatbestände des GWB erfüllen. Das BGB und das HGB stellen keine gesamtwirtschaftlichen Überlegungen an wie das GWB. Darum ist es durchaus möglich, daß gesetzlich anerkannte Wettbewerbsbeschränkungen den vertraglichen wegen ihrer wirtschaftlichen Folgen gleichzubehandeln sind ³⁾.

Eine andere Auffassung ergibt sich auch nicht aus § 109 Abs. II GWB, denn der Gesetzgeber hat hier wie bei in anderen Rechtsgebieten auftretenden Kollisionen auf eine generelle Regelung verzichtet

1) Vgl. Fikentscher, Festschrift für Böhm S. 559; FK § 15 Anm. 35

2) Vgl. Lutz NJW 60, 1834; Schmidt-Hachenberg DB 1962, 958

3) Ebenso auch der BGHZ 38, 311 ff., wenn er feststellt, daß § 112 HGB keineswegs immer dem § 1 GWB vorgehe, sondern § 1 GWB auch den Vorrang vor § 112 HGB haben könne. Zustimmend Magen BB 63, 333; Müller-Henneberg § 1 Anm. 59

und es der Beurteilung im Einzelfall überlassen, ob dem in § 1 GWB verfolgten Gesetzeszweck oder den dispositiven Normen in anderen Gesetzen der Vorrang zu geben ist ¹⁾. Auch der allgemeine Rechtssatz "lex generalis posterior non derogat legi speciali priori" ergibt keine andere Auslegung, denn diese Auslegungshilfe sagt, daß nicht ohne weiteres auf die Aufhebung älterer Sondervorschriften geschlossen werden darf ²⁾. Die umfassende Zielsetzung und der daraus resultierende Eingriff in alle Rechtsgebiete läßt aber durchaus den Schluß auf eine Aufhebung älterer Spezialvorschriften zu.

Die Argumente der wesenseigenen sowie der gesetzlich anerkannten Bindung überzeugen nicht und rechtfertigen nicht, eine Beschränkung der wirtschaftlichen Abschlußfreiheit i.S. des § 18 GWB zu verneinen.

c1) Der Grundsatz von Treu und Glauben und die Wettbewerbsordnung

Vereinbarungen, die nur eine aus Treu und Glauben erwachsende Verpflichtung wiederholen, ohne über den Inhalt der daraus resultierenden Bindung hinauszugehen, sollen nach h.M. ³⁾ von § 18 GWB nicht erfaßt werden. Die Vertriebsbindung des integrierten Eigenhändlers ⁴⁾ und das in besonderen Fällen vereinbarte Wettbewerbsverbot, das nach Beendigung des Händlersvertrages für den Hersteller

1) So BGHZ 38, 312; Klaue WuW 61, 325

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 45 I 3

3) Vgl. BKA, Tätigkeitsbericht 1964 S. 15; FK § 18 Tz 49; Baumbach-Hefermehl § 18 Anm. 1; Schwartz in GK § 18 Anm. 19; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung S. 233

4) In dem Fall, daß dem Händler zwar der Vertrieb außerhalb seines Bezirkes erlaubt ist, er aber für die dort getätigten Verkäufe eine zusätzliche Provision für den dort alleinberechtigten Händler in den Verkaufspreis einzubeziehen hat, ist diese Bindung nach § 15 GWB unzulässig. Rasch-Westrick § 15 Anm. 6 wollen wegen des angeblich geringfügigen Eingriffs in die Kalkulationsfreiheit diese Bindung nicht erfaßt wissen. Einmal stellt diese Bindung aber ein erhebliches Hindernis in seiner Wettbewerbslage dar, so daß von einem geringfügigen Eingriff nicht gesprochen werden kann. Zum anderen ist generell eine derartige Ausnahme vom Verbotsprinzip nicht anzunehmen. Vgl. Ballerstedt, Festschrift für Böhm S. 190

bzw. Eigenhändler in einem bestimmten Zeitraum gelten soll, könnten schon deswegen nicht der Mißbrauchskontrolle unterliegen, weil diese Bindung auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruht, der dem Eigenhändler gegenüber dem Produzenten ein bestimmtes Verhalten auferlegt. Es erhebt sich die Frage, ob es gegen das GWB verstoßen kann, wenn ein nach § 242 BGB zu erwartendes Verhalten vereinbart wird, das aber insoweit denkbare Formen des Wettbewerbs beeinträchtigt. Fraglich ist, ob Treu und Glauben im Kartellrecht überhaupt einen Standort haben, und wenn dies der Fall ist, ob dieser Grundsatz durch die besondere Zielsetzung und die gesetzgeberischen Wertungen des GWB nicht für den Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Verträge eine andere Auslegung erfährt.

Einen absoluten Vorrang im Kartellrecht weist Spengler ¹⁾ dem Grundsatz zu, da sonst die bürgerliche Rechtsordnung ihre Friedensfunktion nicht erfüllen könne, wenn es u.U. ein Handeln im Interesse der Förderung des Wettbewerbs gebietet, das sich der Verantwortung gegenüber dem Vertragspartner und den sittlichen Anschauungen des Geschäftsverkehrs nicht bewußt wird. V. Köhler ²⁾ weist darauf hin, daß das GWB aus der Ideenwelt der sozialen Marktwirtschaft erwachsen ist, die primär einen gerechten Ausgleich der Interessen der Vertragspartner anstrebt. Verfassungskonforme Auslegung gebiete die uneingeschränkte Anwendung des sich aus der - auch dem Grundgesetz zugrundeliegenden - sittlichen Wertordnung ergebenden Grundsatzes von Treu und Glauben.

Demgegenüber hat das BKA ³⁾ eine diesen Grundsatz zurückstellende Auffassung vertreten, da der Unternehmer bei seinen Wettbewerbshand-

1) Spengler, Tatbestandsmäßigkeit S. 44. Wohl auch Baumbach-Hefermehl § 15 Anm. 17; Schwartz in GK § 18 Anm. 20

2) v. Köhler NJW 64, 570

3) BKA in WuW/E BKA 717. Vgl. auch BGHZ 31, 105, der allein auf die potentielle Wettbewerberstellung, nicht aber darauf abstellt, ob eine Produktionsaufnahme bereits gegen Treu und Glauben verstößt.

lungen sich nur nach den Vorschriften des UWG, nicht jedoch nach dem zivilrechtlichen Gebot zur Wahrung von Treu und Glauben zu richten habe.

Die Kollision des Grundsatzes von Treu und Glauben mit der Wettbewerbsfreiheit beruht auf einem Zusammentreffen der Interessen der Vertragsschließenden und außenstehender Dritter. Das GWB will einen gerechten Ausgleich aller Beteiligten. Ein absoluter Vorrang von Treu und Glauben übersieht die Drittbezogenheit wettbewerbsbeschränkender Verträge. Treu und Glauben gilt aber nur inter partes ¹⁾, und bei seiner Anwendung gilt es zu beachten, daß dabei nicht Dritte, die mit dem zu regelnden Rechtsverhältnis unmittelbar nichts zu tun haben, betroffen werden ²⁾. Der Interessenausgleich einmal zwischen Hersteller und Eigenhändler und zum anderen zwischen diesen beiden und außenstehenden Dritten legt die Auffassung nahe, daß keiner der beiden Grundsätze einen absoluten Primat vor dem anderen hat. Es gilt vielmehr die Wechselwirkung zwischen diesen beiden Rechtsprinzipien herauszustellen. Gerade eine Generalklausel wie § 242 BGB ist eine Einbruchsstelle für die Berücksichtigung allgemeingültiger Rechtsprinzipien und normativer Wertungen in anderen Gesetzen ³⁾. Wenn auch der Wettbewerb nicht Selbstzweck ist, so widerspricht es doch den Grundprinzipien der am freien Wettbewerb ausgerichteten Marktwirtschaft, wenn die Interessen der Vertragsschließenden denen Dritter a priori vorgezogen würden. Andererseits ist auch das GWB im Rahmen der Gesamtrechtsordnung auszulegen. Diese garantiert nicht nur den Wettbewerb und damit die freie Entfaltung aller wirtschaftlichen Kräfte, sondern auch andere Rechtswerte, die im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft ihre Eigenstellung behalten und durch eine Apotheose des Wettbewerbsprinzips nicht verdrängt werden dürfen ⁴⁾.

1) Siehe Wieacker in Recht und Staat Heft 193/194 S. 48 f.

2) So Staudinger-Weber § 242 Rdnr. A 146

3) Siehe Esser, Grundsatz und Norm S. 69 ff.

4) Gegen die Verabsolutierung des Wettbewerbs und einen liberalen Utilitarismus vgl. Nawroth, Ordnungsvorstellungen S. 19f.; Röpke, Jenseits von Angebot und Nachfrage S. 167

Bei Kollision dieser beiden gleichrangigen Grundsätze wird nur im Einzelfall durch Abwägen der verschiedenen Interessensphären eine Lösung zu finden sein. Dabei wird insbesondere darauf abzustellen sein, ob ohne die Bindung das Vertragsverhältnis überhaupt nicht abgewickelt werden kann, und ob Dritte in ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit vollständig eingeschränkt sind. Diese Prüfung ist aber bei den Bindungsverträgen nach § 18 GWB nicht bei dem Merkmal der Beschränkung der Abschlußfreiheit des Vertragspartners, sondern bei dem Merkmal der unbilligen Zugangsbeschränkung für dritte Unternehmen und der wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung vorzunehmen. Diese Verlagerung entspricht einmal einem Auslegungsgrundsatz des GWB, die Lösungen nicht so sehr im Vorfeld zivilrechtlicher Dogmatik und Systematik zu suchen, sondern bei denjenigen Merkmalen, die zu den speziellen und entscheidenden des GWB gehören, nämlich bei der Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung. Zum anderen ist gerade bei dem Merkmal der unbilligen Zugangsbeschränkung eine Abwägung zwischen den Interessen der Vertragspartner an der Bindung und ihrer Wirkung auf Dritte erforderlich ¹⁾. Dagegen ist das Tatbestandsmerkmal der Beschränkung in § 18 Anm. I Ziff. 3 GWB schon dann erfüllt, wenn sich irgendeine Einschränkung der Abschlußfreiheit des gebundenen Vertragspartners feststellen läßt.

d) Der Einfluß des Kundenschatzes auf den Wettbewerb

Alle in der Kundenschutzabrede enthaltenen Bindungen nach § 18 Abs. I Ziff. 2, 3 GWB haben Auswirkungen auf außerhalb des Vertrages stehende Unternehmen. Ausschließlichkeitsverträge und Vertriebsbindungen beschränken ihrer Natur nach stets den Zugang zum Markt und den Wettbewerb; dies gilt entgegen Schluep ²⁾ auch bei der nicht systematischen Gewährung von Kundenschutz, wenn nur ein Eigenhändler

1) So auch Deringer-Tessin WuW 66, 137; Gleiss-Hirsch WRP 66, 17; Benisch DB 65, 1038; Schwartz in GK Novelle § 18 Anm. 7

2) Schluep, Alleinvertriebsvertrag S. 49

beliefert wird, da durch die Zugangssperre des Herstellers und anderer Händler zu dem vorbehaltenen Kundenkreis eine Drittwirkung auf die beiden letzteren gegeben ist. Der Hersteller fällt für die Konkurrenten des Eigenhändlers und für die Kunden als Anbieter aus. Für andere Händler kann die Absatzbindung des Herstellers einen vollkommenen Ausschluß vom Markt darstellen, falls er mangels gleichartigen Angebots auf diesen Hersteller angewiesen ist und seine Kunden sich aus irgendwelchen Gründen (z.B. seltene technische Spezialanfertigungen) nur aus dem geschützten Kreis rekrutieren können. Sie enthält eine Marktsteuerung ¹⁾, indem sie einmal durch Beschränkung der Abschlußfreiheit des Herstellers mittelbar bestehenden oder potentiellen Geschäftsverkehr zwischen Hersteller und Kunden unterbindet oder unmittelbar Drittverhältnisse zwischen Konkurrenten des Eigenhändlers und des Herstellers unmöglich macht.

Die beiden alternativen Eingriffsvoraussetzungen des § 18 GWB sind aber nur erfüllt, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt ²⁾. Dies gilt auch für die erste Alternative der unbilligen Zugangsbeschränkung, denn nur bei wesentlicher Wettbewerbsbeschränkung kann es zu einer wesentlichen Marktzugangsbeeinträchtigung kommen ³⁾. Wenn der Wettbewerb nicht wesentlich eingeschränkt ist, verbleiben dritten Unternehmen Ausweichmöglichkeiten, um ihre Absatz- oder Bezugschancen zu wahren. Ist dem dritten Unternehmen der Marktzugang im wesentlichen versperrt, ist auch der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt ⁴⁾.

a1) Die Vereinbarung mit dem integrierten Eigenhändler

Durch die Kundenschutzklausel werden einmal die Wettbewerber des alleinvertretungsberechtigten Händlers betroffen, der seinen

1) Dazu allgemein Mestmäcker JZ 64, 441 ff.

2) Zu den Unterschiedlichkeiten der Voraussetzungen vgl. Deringer-Tessin WuW 66, 136

3) So h. M. vgl. Leo WRP 64, 331; Benisch DB 65, 1038; Gleiss-Hirsch WRP 66, 18; Deringer-Tessin WuW 66, 144 f.

4) So auch BKA BB 64, 58; Kessler-Stern, 69 The Yale Law Journal (1959) S. 7 ff.

Lieferanten verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet an keinen anderen Abnehmer zu liefern, denn sie können die Vertragsware nicht vom gebundenen Hersteller beziehen. In den Tatbeständen des § 18 GWB soll nicht der Konkurrent des Gebundenen benachteiligt werden, sondern die Wettbewerber des Bindenden. Es ist also erforderlich, daß zwischen dem bindenden integrierten Eigenhändler und anderen Händlern ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Ein solches besteht immer dann, wenn zwei Wirtschaftssubjekte einer Marktseite um den geschäftlichen Kontakt mit der Marktgegenseite kämpfen ¹⁾. Der integrierte Eigenhändler steht aber in Bezug auf den unkämpften Produzenten nicht auf der Marktgegenseite; vielmehr haben sich Hersteller und integrierter Eigenhändler zu einer Wettbewerbseinheit zusammengeschlossen. Der integrierte Eigenhändler hat seine wirtschaftliche Planungs- und Entscheidungsfreiheit an den Lieferanten verloren. Sind aber in der Wirtschaftspraxis auftretende Subjekte auf einem bestimmten Gebiet wirtschaftlich unselbständig, so stehen sie insoweit nicht im Wettbewerb und können insoweit auch keinen Wettbewerb beschränken. Wettbewerb treiben kann nur ein unabhängig planendes Unternehmen, das in wirtschaftlicher Hinsicht nicht dem Willen anderer unterworfen ist und in der Entscheidung darüber frei ist, wie es auf dem Markt tätig werden will ^{2) 3)}.

Der Hersteller hat mit der Lieferung an den integrierten Eigenhändler seine Produkte noch nicht auf den Markt als dem Begegnungs- und Kampffeld von Angebot und Nachfrage geworfen. Die Waren sind noch nicht in die nächste Wirtschaftsstufe abgeschoben, wo sie eigenverantwortlich und unabhängig von Einflußnahmen des Herstellers Gegenstand anderweitiger geschäftlicher Kalkulation sind, sondern der Produzent rückt damit selbst in die nächste Wirtschaftsstufe. Der Hersteller will nicht gegen den integrierten Eigenhändler kämpfen, sondern gemeinsam mit ihm.

1) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb S. 15

2) Unternehmerplanung wird hier i.S. Euckens, Grundlagen der Nationalökonomie S. 96, verstanden.

3) Abhängigkeit besteht für den Wettbewerber nur insoweit, als er die Aktionen und Reaktionen seiner Gegner in seine Planung einbezieht. Vgl. Haerry, Die Intensität des Wettbewerbs S. 19

Zusammen mit dem integrierten Eigenhändler stellt der Hersteller eine Wettbewerbseinheit dar.

Im Wettbewerb steht ein Unternehmen auch nur dann, wenn es der durch die Selbständigkeit bedingten Ungewißheit über das Ergebnis des Wettbewerbs ausgesetzt ist ¹⁾. Das Ziel jedes Wettbewerbsteiligten ist es, mit einer möglichst großen Anzahl von Partnern auf der Marktgegenseite in Geschäftsbeziehungen zu kommen. Dies hat notwendig zur Folge, daß einer der Wettbewerber unterliegt und im äußersten Fall seine wirtschaftliche Existenz verlieren kann. Der Wettbewerb ist also ein Ausleseprozeß ²⁾, in dem jeder Teilnehmer das Risiko für den Erfolg seiner Handlungen und Anstrengungen eingeht. Der integrierte Eigenhändler trägt aber das Risiko des Vertriebs der Erzeugnisse von der Produktion zum Verbrauch nicht. Die entscheidenden Absatzrisiken, wie das Vordispositions- und Preisausgleichsrisiko trägt der Hersteller. Gerade bei diesen beiden Risiken überwiegen im Gegensatz zu den anderen Handelsrisiken die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse ³⁾. Ob die auf Lager genommenen Waren überhaupt und ob sie zu dem geplanten Preis abgesetzt werden können, entscheidet sich in erheblichem Maße nach den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen. Wer aber gerade die durch die Wettbewerbsverhältnisse verursachten Ungewißheiten und Risiken nicht trägt, kann nicht als im Wettbewerb stehend angesehen werden.

Der integrierte Eigenhändler steht auch deshalb nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu anderen Abnehmern, weil sein Wettbewerbshandeln fremdbestimmt ist. Er steht in dem gleichen Wettbewerbskampf wie das von ihm repräsentierte Produktionsunternehmen; er kann im Wettbewerb nicht weiter gehen, als es der Hersteller wünscht, da es sich ja um dessen Vorgehen im Wettbewerb handelt. Die mit ihm vereinbarten Wettbewerbsklauseln sind Richtlinien dafür, wie das

1) Vgl. Krusche, Marktverhalten S. 29; Haerry a.a.O. S. 20

2) Baumbach-Hefermehl Allg. I Rdnr. 17; Meyer-Cording WuW 62, 463

3) Oberparleiter S. 124 f.

weisungsgebende Unternehmen das gemeinschaftliche Vorgehen im Wettbewerb gestaltet wissen will. Die Vertragsform dieser Richtlinie ist eine innerbetriebliche Maßnahme der Vertriebsorganisation des Herstellerunternehmens. Die aus der Marktperspektive ¹⁾ gewonnene Erkenntnis, daß der integrierte Eigenhändler in die Verkaufsorganisation als deren Bestandteil eingebaut ist, macht deutlich, daß dieser Händlertyp so zu agieren hat, wie es von der Leitung dieser Organisation gewünscht wird.

Auf dem Markt, auf dem die Begegnung mit der Marktgegenseite stattfindet, wird der integrierte Eigenhändler für den Hersteller tätig, so daß nur dieser als marktfähig angesehen werden kann; denn nur er tritt - wirtschaftlich gesehen - am Markt als Anbieter den umworbenen Abnehmern entgegen. Der integrierte Eigenhändler erscheint zwar als Ausführender der Wettbewerbsfunktion, im Innenverhältnis nimmt er sie aber stellvertretend für den Hersteller wahr. Allein infolge des den übrigen Marktteilnehmern gegenüber erweckten Rechtsscheins wirtschaftlicher Selbständigkeit entsteht noch kein Wettbewerbsverhältnis i.S. des GWB ²⁾, denn handelsrechtliche Rechtsscheinsgrundsätze sind im Rahmen des auf die wirtschaftliche Wirklichkeit abstellenden GWB ohne Bedeutung.

Auch fehlt im Rahmen des Verhältnisses zwischen integriertem Eigenhändler und anderen Händlern die notwendige Folge etwaigen Wettbewerbs, die zu den wesentlichen Merkmalen freien Wettbewerbs gehört: Nämlich die Leistungssteigerung als Wettbewerbsmittel und Wettbewerbsfolge, zu deren Einsatz vorhandener Wettbewerb nötigen würde, und die zu gewährleisten einer der Hauptgründe des mit dem GWB beabsichtigten Wettbewerbsschutzes ist ³⁾. Die Vertriebsleistung, zu deren Steigerung, insbesondere durch Rationalisierung und Preissenkung, vorhandener Wettbewerb zwingen könnte, wird gegenüber

1) Für die Auslegung des GWB ist die Orientierung nach dem Markt geboten. Vgl. v. Brunn, AcP 163, 497

2) A.A. wohl Zeitler WuW 59, 635

3) Allgemein zum Leistungsprinzip im Wettbewerb vgl. Böhmer, Wettbewerb und Monopolkampf S. 210 ff.

der umworbenen Marktseite nicht von dem integrierten Eigenhändler, sondern vom Hersteller erbracht. Somit trifft der Zwang zur Leistungssteigerung als notwendige Folge beim vor-handenen Wettbewerb um den umworbenen Dritten den Hersteller.

Damit sind beim integrierten Eigenhändler weder eine Wettbewerbslage noch eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. des GWB möglich. Alle zwischen ihm und dem Hersteller vereinbarten "Wettbewerbs"-Klauseln haben keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter und fallen daher nicht unter § 18 GWB. Die in dieser Freistellung liegende Tendenz zur vertikalen Konzentration kann dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegengehalten werden. Einmal steht das GWB - wie sich aus §§ 22, 23 GWB ergibt - der Konzentration als solcher neutral gegenüber und zum anderen ist diese Konzentrationsbegünstigung nicht nur diesen Vertragsverhältnissen eigen, sondern eine Folge jeglicher Absatzorganisation. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie auf Filialen oder Vertriebsgesellschaften beruht, die vom Hersteller wegen der gewünschten Einflußmöglichkeit auf den Absatzweg notwendig dann aufgebaut werden, wenn die Vertragsverhältnisse mit dem integrierten Eigenhändler verboten wären.

b1) Die Vereinbarung mit dem kooperativen Eigenhändler

Bei der Prüfung, ob und wann eine Kundenschutzklausel eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt, soll an alleindieser Abrede enthaltenen Bindungen angeknüpft werden. Um nämlich die wirtschaftliche Bedeutung einer vertraglichen Regelung ganz überschauen zu können, ist eine Betrachtung aller wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge erforderlich, von denen die Vertragsbeteiligten ausgegangen sind ¹⁾. Dieses Vertragswerk, das im einzelnen eine Kombination von Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen

1) So auch Lang, Common Market S. 397

enthält, fällt nach h.M. ¹⁾ grundsätzlich nicht unter § 18 GWB. Es stellt sich aber zunächst die Frage, ob der Kundenschutz des kooperativen Eigenhändlers geeignet sein kann, den Wettbewerb wesentlich zu beschränken.

a2) Der relevante Markt

Bei der Wirkung von Kundenschutz sind stets zwei Marktstufen zu unterscheiden, die hintereinander geschaltet sind. Neben dem Wettbewerb der Händler um den Geschäftsabschluß mit dem Hersteller steht der Wettbewerb der Händler um den abnehmenden Kunden. Es besteht dabei kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den einzelnen Wirtschaftsstufen ^{2) 3)}, denn ein solches kann nur zwischen gleichstufigen Marktpartnern bestehen. Das gleiche Ziel der gleichen Marktseite, nicht das Ausgleichen von Macht und Gegenmacht auf der Anbieter- und Abnehmerseite besagt, wann Wettbewerb besteht.

Fraglich ist, ob die Händler, die vom Hersteller laut Abrede nicht beliefert werden, vom Markt ausgeschlossen werden und damit gezwungen sind, sich nach anderen Tauschpartnern umzusehen. Von einer wesentlichen Marktzugangsbeschränkung wird man an Hand des Spürbarkeittestes nur sprechen können, wenn diese Händler nicht ohne weiteres auf Substitutionsgüter ausweichen können. Es ist nicht allein der Markt der Vertragsware zu berücksichtigen, sondern es ist auch der Markt der Substitutionsgüter einzubeziehen. Wann eine Zugangsbeschränkung zu einem Markt vorliegt, richtet sich danach, ob für die Vertragsware ein eigener Markt besteht oder ob diese Ware durch andere Waren derselben oder einer anderen Art ersetzt werden kann. Über die Ersetzbarkeit einer Ware durch eine andere entscheidet das Verhalten der Marktbeteiligten ⁴⁾. Unter dem relevanten Markt

1) Walther WRP 58, 34; Stumpf; Kundenschutz S. 25; Beier GRUR AT 64, 85; Martino MA 66, 89

2) So aber Sölter, Nachfragemacht S. 42 ff.; Huber, Empfehlungsverbot S. 128

3) Nach Böhm, Wettbewerb u. Monopolkampf S. 213 ist Wettbewerb notwendig Parallelkampf. Ebenso h.M. vgl. Müller-Henneberg in GK § 1 Anm. 19 ff. m.w.N.

4) Lukes, Festschrift für Böhm S. 221

i.S. des § 18 GWB ist das räumliche und zeitliche Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage nach Gütern zu verstehen, die im Hinblick auf die Befriedigung bestimmter Bedürfnisse funktional austauschbar sind ¹⁾. Jeden Markenartikel infolge der Produktdifferenzierung und der dadurch bewirkten verminderten Substituierbarkeit der Güter als einen Markt für sich anzusehen, ist nicht angängig. Nur in sehr wenigen Fällen, wenn eine Marke es zu einem hohen Grad von Exklusivität gebracht hat, kann sie ein Monopol erreichen ²⁾. Überall dort, wo die wirtschaftswissenschaftliche Literatur von einem Meinungsmonopol ³⁾, d.h. von einer durch werbetechnische Suggestion erreichte Vorzugsstellung einer Ware spricht, liegt noch kein dem Marktformmodell entsprechendes Monopol vor, sondern es handelt sich um Präferenzen, die im nachstoßenden Wettbewerb ⁴⁾ durch die Substitutionsfähigkeit anderer Güter in kurzer Zeit beseitigt werden können. Die Gunst des Abnehmers ist ein fluktuierender Umstand, der sich ständig gegen die Popularität anderer homogener Güter durchsetzen muß.

Jedoch ist nicht zu verkennen, daß eine Beschränkung der anderen Händler, die vom Vertrieb der in eine gewisse Sonderstellung gelangten Vertragswaren ausgeschlossen sind, darin liegt, daß diese die Waren nicht in ihr Sortiment aufnehmen können, obwohl sie nach der Verbraucherauffassung zur Führung eines gut besetzten Sortiments gehören. In diesem Fall wird der Zugang zum Markt schon deshalb eingeengt, weil Waren dieser Art bei diesem Händler generell weniger nachgefragt werden, und sie somit geringere Möglichkeiten zum Absatz von Substitutionswaren haben. In diesem teilweisen Ausschluß vom Markt kann die Gefahr einer erheblichen Absatz- und Gewinnminderung liegen.

1) Schmidt WuW 65, 458; Segelmann WuW 66, 943

2) Vgl. dazu U.S. v. Soc. Guerlain 165 F Supp 77 (S.D.N.Y.1957)

3) Siehe Mellerowicz, Markenartikel S. 34; Miksch, Wettbewerb S. 158 ff.

4) Hierzu siehe Hoppmann WuW 66, 106 f.

b2) Die Wesentlichkeitsprüfung

Bei der Prüfung der Unbilligkeit der Zugangsbeschränkung sind die Interessen aller Betroffenen, also des Bindenden und Gebundenen sowie dritter Unternehmen und der Verbraucher abzuwägen ¹⁾. Die Einbeziehung der Verbraucher und der Konkurrenten des Eigenhändlers ist bei der Beurteilung der Kundenschutzklausel deshalb besonders notwendig, weil sie über den Markt Hersteller-Eigenhändler hinaus auf den Markt Eigenhändler-Verbraucher einwirkt. Dagegen sind die Interessen der Vertragsparteien nicht vorrangig zu berücksichtigen, denn die von ihnen erstrebten Vorteile sind nicht das Resultat erhöhter Leistungen im Wettbewerb und daher volkswirtschaftlich nur ein "Scheingewinn" ²⁾. Bei der Abwägung der Interessen ist das Verhältnis der Nachteile für die Konkurrenten des Eigenhändlers sowie die Stellung der Verbraucher zu den für die Vertragsparteien erzielten Vorteilen zu beachten ³⁾. Nur dort, wo die Verbraucher im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden und dringende Überwiegende Interessen der Vertragsparteien gegenüber der Erhaltung der wirtschaftlichen Entscheidungs- und Bewegungsfreiheit aller am Wettbewerb Beteiligten festzustellen sind, wird eine derartige Marktzugangsbeschränkung per Saldo nicht unbillig sein. Diese Abwägung ist auch in der zweiten Alternative bei der Feststellung der Wesentlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen anzustellen ⁴⁾.

a3) Der Allstufenwettbewerb

Ausschlaggebend wird hierbei sein, inwieweit die Forderung nach Wettbewerb einen Wettbewerb in all' den Stufen verlangt, die das Produkt durchläuft (Stufenwettbewerb, Funktionswettbewerb).

1) BGH WuW /E BGH 509 ff.; Schwartz in GK § 18 Anm. 18; Lutz BB 65, 1337; Deringer-Tessin WuW 66, 142

2) Böhm, Wettbewerb u. Monopolkampf S. 35; a.A. aber FK § 18 Tz 58; Müller-Gries-Giessler § 18 Anm. 42, die Gleichwertigkeit der Interessen annehmen.

3) Vgl. dazu Mestmäcker JZ 58, 624; Schwartz in GK § 18 Anm. 34

4) Zu einer derartigen Abwägung vgl. Kaysen-Turner, Antitrust Policy S. 142 ff.; BKA WuW/E 764

Die entscheidende Frage lautet daher: Ist neben dem Hersteller-oder Produktwettbewerb auch der Händler-oder Funktionswettbewerb schützenswert. Die Konzeption des GWB geht vom atomistischen Wettbewerb ¹⁾ aus (d.h. daß möglichst jedes einzelne Geschäft im Wettbewerb selbständig zustande kommen muß, und daß jeder Unternehmer im Wettbewerb allein auf sich gestellt sein soll), jedoch braucht diese Ansicht nicht mehr der heutigen Auffassung vom Wettbewerb zu entsprechen. Die Unabhängigkeit von den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers ist heute so gut wie allgemein anerkannt. Die Gesetzesauslegung vollzieht nicht die historische, sondern die zeitgenössische Wertvorstellung ²⁾. Ein entscheidendes Anliegen des Wettbewerbsrechtes ist es, dem Endverbraucher ausreichende Auswahlmöglichkeiten zu bieten, so daß er sich zwischen diesem oder jenem Artikel entscheiden kann. Es muß also Produktwettbewerb herrschen; die Ware muß gegenüber dem Endverbraucher mit genügend anderen Waren in Konkurrenz stehen. Die Gewährleistung eines ungestörten Produktwettbewerbs auf der Herstellerstufe, der sich i.d.R. auf den nachfolgenden Stufen fortpflanzt ³⁾, ist in einer am Nutzen des Verbrauchers ausgerichteten Wettbewerbsordnung besonders schützens- und förderungswürdig. Wenn nun der Alleinverkaufsberechtigte für den ihm geschützten Bereich ein Monopol erlangt, so besitzt er dies doch nur für den von ihm verkauften Artikel, der aber seinerseits mit anderen ähnlichen Artikeln in heftigem Konkurrenzkampf liegt. Alleinvertriebsabkommen beschränken diesen Produktwettbewerb i.d.R. nicht, sondern lediglich den Funktions-(Händler-)wettbewerb. Fraglich ist, ob um dieses Wettbewerbs willen so weitgehende Eingriffe in die unternehmerische Vertriebspolitik geboten sind ⁴⁾.

1) Siehe dazu Sölter WuW 66, 226

2) Vgl. Esser Studium Generale 1954 S. 372, 376

3) Vgl. Guyénot, Droit social 1965 S. 11; Robert Sirey 1962, 221

4) Bejahend Catalano, Le Droit et les Affaires 1964, 8;
Eick in FAZ vom 30.10.1964

Ein absoluter Primat des Produktwettbewerbs vor dem Funktionswettbewerb entspricht jedoch nicht der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der Handelsunternehmungen ¹⁾. Der institutionelle Handel ist zwar kein rechtliches Ordnungsprinzip, wohl aber ist er durchaus neben dem Direktvertrieb schützenswert. Seine volkswirtschaftliche Aufgabe liegt darin, die Produktion dem Nachfragewillen fremder Einzelwirtschaften anzupassen und so deren Wünsche mit der eigenen Produktionsmöglichkeit in Einklang zu bringen. Es lassen sich die Denkart und das Streben der Produktionswirtschaft der Denkweise der Absatzwirtschaft gegenüberstellen. Während in der Produktion ein Denken in Kosten herrscht und gleichbleibende und möglichst volle Beschäftigung - konzentriert auf möglichst wenige und möglichst selten wechselnde Produktionsarten und -sorten - als Ideal gilt, herrscht auf dem Absatzgebiet ein Denken in Erträgen; und daher besteht im Gegensatz zu dem Gleichförmigkeitsideal der Produktion Gebundenheit an den Bedarf, der nach Differenzierung, nach Abwechslung, Vielfalt und Individualisierung strebt ²⁾. In diesem Spannungsverhältnis kann eine unternehmensweise vertikale Funktionsteilung zwischen Produzent und Händler im Absatz dafür Sorge tragen, daß der Nachfragewille in diesem Widerstreit nicht zu kurz kommt, denn ein Handelsunternehmen muß aus ureigenstem Lebensinteresse heraus dem Produzenten gegenüber als "Nachfrageanwalt" ³⁾ auftreten. Die hierbei von den Handelsunternehmen zu erfüllenden Aufgaben der Kontaktbildung, Information, Beratung und der sortimentsmäßigen Umgruppierung sind nicht nur dazu erforderlich, die Märkte zu

1) Auch im amerikanischen Recht wird das Bestehen von Wettbewerb zwischen gleichartigen Waren verschiedener Hersteller (interbrand competition) nicht als Rechtfertigung für die Ausschaltung des Wettbewerbs beim Vertrieb der Waren eines Herstellers (intrabrand competition) angesehen. Vgl. Urteil des Supreme Court in US v. Mc Kesson & Robbins Inc. 351 US 305 (1956)

2) Vgl. Lampe, Umriss einer Theorie des Handels S. 26; Hoppmann WuW 66, 99 f.; Schäfer, ZfHf 1963, 540

3) Lampe a.a.O. S. 34

vervollkommen, sondern einen Markt erst zu schaffen. Die Markttransparenz, eine wichtige Voraussetzung für einen Markt ¹⁾, wird durch die Sortimentsfunktion und Interessenwahrungs- und Beratungsfunktion ²⁾ nicht erst vollständig erreicht, sondern sie wird oftmals mit der Einrichtung und Unterhaltung von unternehmensweise betriebenen Spezialmärkten, die nach Sortimenten und damit nach Beschaffungsinteressen der Verbraucher und Absatzinteressen von Warenherstellern geordnet sind, überhaupt erst geschaffen. Diese Individualmärkte sind ihrem Umfang und ihrer Wirksamkeit nach nicht allein nach den von ihnen getätigten Umsätzen zu bestimmen, sondern auch nach den Informationsdiensten, die durch solche Kontakte erbracht werden, die nicht zu einem Geschäftsabschluß führen. Der Händler ist daher in vielen Fällen erst der Schöpfer und Ordner des Marktes ³⁾.

Zum anderen kann die Einschaltung von Handelsunternehmen volkswirtschaftlich deshalb angemessener erscheinen, weil sie die Warenumschlagsfunktionen sehr viel billiger zu erfüllen vermögen. Die Konzentrierung von Warenumsatzvorgängen in einem einzigen Betrieb, die den Handelsunternehmen durch Sorten- und damit auch durch Lieferanten- und Abnehmerzusammenfassungen möglich ist, schafft Betriebsverhältnisse, die kostengünstiger sind als alle Direktverbindungen. Durch die Sortimentsbildung entstehen Warenverkehrszentren, deren Wert wie der jedes Marktes mit dem Anwachsen der Käufer und Verkäuferzahlen nur steigt. Sie werden dadurch preislich als auch als Informationsstelle für die Marktparteien immer interessanter. Das Handelsunternehmen ist daher sowohl

1) Hoppmann WuW 66, 99 f.; Woll, Wettbewerb im Einzelhandel S. 72 ff.

2) Nach Oppenheimer-Tiburtius, Gemeinwirtschaftliche Gegensätze S. 14, geben erst diese Funktionen dem Handel seine volkswirtschaftliche Berechtigung.

3) Mit dieser Feststellung soll nun nicht jeder Direktvertrieb als volkswirtschaftlich ungünstig deklariert werden, denn der Absatz wird sich dort ohne Handel vollziehen, wo es keine Fragen über Bezugs- und Verwendungsbereiche gibt, und der Ausgleich zwischen verschiedenartigen Angeboten und Bedürfnissen von selbst eintritt.

Abstimmungs- und Koordinierungsfaktor von Angebot und Nachfrage, also auch ein volkswirtschaftliches Mittel zur Rationalisierung des Absatzes. Hieraus ergibt sich die Aufgabe des institutionellen Handels für die soziale Marktwirtschaft, von der Britsch ¹⁾ sagt, daß es nicht darauf ankommt, Waren zu verteilen und auf Augenblickssituationen zu reagieren, sondern daß es für den Handel entscheidend sei, den Markt zu gestalten und zwar derart, daß er für Fabrikant und Verbraucher gleichermaßen interessant bleibt.

Dieser gesamtwirtschaftlichen Aufgabe vermag ein Handelsunternehmen aber nicht nachzukommen, wenn für einen Bezirk ein Händler das Monopol für bestimmte Artikel erhält. Schon bei Alleinstellung nur eines Artikels, vielmehr aber noch bei einer großen Anzahl von Alleinvertriebsabkommen wird ein zu den oben skizzierten Aufgaben bereites Handelsunternehmen in seiner Funktion gestört. Der Zugang eines jeden Unternehmens zu dem Angebot eines Herstellers ist volkswirtschaftlich wünschenswert; darum ist die Erhaltung unverfälschten Wettbewerbs grundsätzlich auch auf der Händlerstufe erforderlich. Das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit gilt für alle Wirtschaftsstufen und für alle Erscheinungsformen des Wettbewerbs ²⁾. Selbst wenn man einmal die hier aufgezeigte gesamtwirtschaftliche Bedeutung des institutionellen Handels außer Betracht läßt, so machen die Vertriebskosten der Handelsunternehmen, die einen erheblichen Anteil am Endverbraucherpreis haben, einen Wettbewerb zwischen den Händlern erforderlich ³⁾. Auf den Märkten der Industriestaaten, wo der Anteil der Markenartikel ständig zunimmt, kommt dem Wettbewerb auf der Händlerstufe besonderes Gewicht zu. Dies gilt heute umso mehr, als die Kosten für Dienstleistungen im Verhältnis zur Produktion stärker steigen. Fehlender Wettbewerb auf der Verteilerstufe hat die gleichen nachteiligen volkswirtschaftlichen Folgen wie mangelnder

1) Britsch, Berufsausübung im Einzelhandel S. 6

2) So EuGH BB 66, 837; EWG-Kommission ABLEG Nr. 161/1964 S. 2545 ff.

3) Vgl. EuGH BB 66, 837

Herstellerwettbewerb, nämlich ausbleibenden Zwang zur Rationalisierung, Überhöhte Strukturen und daher Übermäßige Kosten und Überhöhte Preise. Gerade Wettbewerb zwischen solchen Händlern, die dieselben Waren führen, legt den Zwang auf, größere Anstrengungen in einer dem Verbraucher möglichst entgegenkommenden Verteilertätigkeit zu machen. Darum ist auch der Meinung des EuGH zuzustimmen, wenn er zu dem schützenswerten Wettbewerb auch den Wettbewerb zwischen Verteilern desselben nicht beliebig substituierbaren Erzeugnisses zählt. Die durch Produktdifferenzierung erstrebte Vorzugsstellung am Markt, die sich in äußerlichen und auch technischen Unterschieden bemerkbar macht, bringt es mit sich, daß der Verbraucher im allgemeinen nur die Warenangebote gleicher Marke vergleichen kann. Wenn er die Artikel zu verschiedenen Preisen erwerben kann, hat er Alternativen. Diese sind auch bei einer zulässigen Preisbindung noch vorhanden, da der verbleibende Restwettbewerb (Nebenleistungswettbewerb) von erheblichem Einfluß auf die Wahl der Kunden ist. Leistungswettbewerb soll nicht nur für den Bereich der Produktion, sondern auch für das Gebiet der Warenverteilung bestehen. Der Markt ist nicht nur als Herstellermarkt, sondern auch als ein Markt für den Handel und den Verbraucher konzipiert. Ein Wettbewerb auf allen Wirtschaftsstufen hat aber auch einen oftmals nicht zu überschätzenden Einfluß auf gestörten Produktwettbewerb. Wettbewerbsbeschränkungen auf der Herstellerstufe können wegen der Aufeinanderfolge der Märkte durch den selektiven Vertrieb beibehalten oder gar verstärkt werden, da eine Korrektur auf der Händlerstufe entfällt. Auf oligopolistischen Märkten wird der Herstellerwettbewerb durch ausschließliche Vertriebssysteme beeinträchtigt, wie es sich auch bei der vertikalen Preisbindung feststellen läßt, die sich auf dem oligopolistischen Herstellermarkt als "Quasipreiskartell" auswirkt ¹⁾. Der Oligopolmarkt

1) Vgl. BÜntig WuW 57, 150; Hax, Vertikale Preisbindung S. 93 ff.; Meyer, Ordo Bd. VI S. 150 ff.

wird zementiert, weil die auf durchlaufender Vertriebskontrolle basierende Marktübersicht des Herstellers eine ausgezeichnete Möglichkeit für Marktmanipulationen ergibt, und die aus besonders aktiven Absatzpraktiken von Händlern herrührende Beunruhigung der einzelnen Oligopolunternehmen praktisch fortfällt. Eine Verstärkung der Marktbeeinflussung auf der Herstellerstufe tritt auch insoweit ein, als durch die Einwirkung auf den nachfolgenden Markt die Konzentration auf dem Herstellermarkt vorangetrieben wird, weil das einstufig planende Unternehmen dem mehrstufig planenden, vertikal agierenden Unternehmen wirtschaftlich nicht gewachsen ist.

Andererseits kann man nicht argumentieren, der Schutz des Allstufenwettbewerbs sei unter diesem Gesichtspunkt unrealistisch, da der Hersteller dann geneigt sei, durch Werkfilialen und eigene Vertriebsgesellschaften die vertikale Konzentration zu verwirklichen. In diesem Fall ist die Risikolage des Herstellers verschieden von der beim Vertrieb über selbständige Händler, die ein Herstellerunternehmen nicht immer einzugehen bereit ist. Wer aber das Risiko seiner Unternehmung nicht trägt, soll sich nicht durch Risikoverlagerung vor dem Wettbewerbskampf schützen können. In der Wettbewerbsordnung soll möglichst jeder das Risiko seiner Unternehmung selbst tragen, da sonst der leistungsbezogene Ausleseprozeß abgeschwächt wird. Dies bedeutet grundsätzlich, daß Wettbewerb nicht nur zwischen dem Hersteller, sondern auch zwischen Vertriebsunternehmen anzustreben ist.

Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung in dem in § 15 GWB geregelten grundsätzlichen Verbot der Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen. Dies will nichts anderes besagen, als daß der Lieferant sich des Eingriffs in den Wettbewerb, der in den nachfolgenden Stufen um die gelieferten Waren entsteht, zu enthalten hat. Auch dort, wo § 16 GWB eine Legalausnahme macht, ermöglicht § 26 Abs. II GWB durch das Diskriminierungsverbot an den Preisbinder, daß nicht der letztmögliche Wettbewerb

auf späterer Stufe um denselben Artikel verhindert wird¹⁾.
Wie Lutz-Steiner²⁾ zu Recht feststellen, ist § 26 Abs. II GWB das Korrelat der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung, die vom Preisbinder den folgenden Stufen auferlegt wird. Die Gewährleistung des Stufenwettbewerbs ist in § 15 GWB wie in § 26 Abs. II GWB i. V. m. § 16 GWB das geschützte Rechtsgut.

b3) Der Schutz vor time-lag

Der Kundenschutz hat zwar die Wirkung, daß für den Kunden der Markt Übersichtlicher wird. Dennoch liegt in dieser Markttransparenz auf der Nachfrageseite noch keine Wettbewerbsförderung. Zwar steigert sie das Anpassungstempo der Hersteller aneinander, wenn einer von ihm im Konkurrenzkampf die Initiative z.B. durch Preissenkung ergriffen hat. Dieser Voraus (time-lag) wäre aber für den Hersteller nicht interessant, wenn durch vollkommene Transparenz des Marktes die Nachfrager unverzüglich alle Konkurrenten des Herstellers ebenso zu Preisnachlässen veranlassen würden und so sein Streben nach Vergrößerung des Marktanteils illusorisch machen würden. Die durch Kundenschutz gewährte Markttransparenz beseitigt auf oligopolistischen Märkten den time-lag, weil die gesamte Nachfrageseite über die vereinzelte Preissenkung unterrichtet wird, oder weil die Nachfrager sofort merken, daß die Konkurrenten ihre Preise angeglichen haben. In beiden Fällen wird die erstrebte Vergrößerung des Marktanteils durch Preissenkung nicht eintreten. Diese Wirkung läßt den initiativfreudigen Hersteller zurückschrecken³

1) In der Spruchpraxis zu § 3 Abs. III i.V.m. § 12 GWB hat das BKA in WuW/E 281, 538 darauf hingewiesen, daß durch Rabattkartelle nicht der letzte noch mögliche wirksame Wettbewerb ausgeschaltet wird. Ebenso BGH NJW 64, 927

2) Lutz-Steiner BB 58, 1156; ebenso Gentz WuW 61, 597; Belke, Geschäftsverweigerung S. 308 f.

3) Vgl. auch Philips WuW 64, 209 f.; Mestmäcker, Normative Ökonomie S. 216 f.; Schluep, Alleinvertriebsvertrag S. 168; Hoppmann WuW 66, 97 ff.

Diese Alleinstellung, die der Hersteller aufgrund seines Preisvorsprungs oder durch die Einführung eines neuen Artikels hat, verleitet diesen auch nicht zu einem Monopolverhalten; sondern die Tatsache, daß der Markt noch seine Expansionsphase durchläuft, und der Hersteller mit der Imitation und dem Kampf der Konkurrenten rechnen muß, läßt ihn sich schon jetzt auf den potentiellen Wettbewerb einstellen ¹⁾. Dieser potentielle Wettbewerb ist Schutz gegen Marktmacht.

c3) Der Unterschied zum integrierten Eigenhändler

Die gesamtwirtschaftliche Aufgabenstellung läßt es auch gerechtfertigt erscheinen, der Absatzorganisation mit kooperativen Eigenhändlern gegenüber der mit integrierten Eigenhändlern eine unterschiedliche Behandlung zukommen zu lassen. Bei der im Rahmen des GWB gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise könnte sich zwar deswegen eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit der beiden Organisationsformen für den Absatz ergeben ²⁾, weil in der heutigen modernen Industriewirtschaft Produktion und Absatz im Verhältnis von Miteinander und Ineinander stehen, und die Produktionswirtschaft und die Absatzwirtschaft zwar äußerlich, technisch-organisatorisch als getrennte Felder erscheinen, ökonomisch aber eine Einheit, ein Ganzes bilden. Es darf daher nicht überraschen, wenn der Händler - auch wenn er im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinne selbständig ist - und der Hersteller als Wettbewerbseinheit angesehen werden, wobei der alleinvertriebsberechtigte Händler gewissermaßen der verlängerte Arm des Herstellers ist ³⁾. Die vertikale Funktionsverbindung kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß der kooperative Händler selbständig im Wirtschaftsverkehr kalkulieren und keinen fremdbestimmten Wettbewerb treiben will ⁴⁾.

1) Siehe Heuss, Markttheorie S. 267 f.; Hoppmann ZBJV 66, 265 f.; Machlup, Wettbewerb im Verkauf S. 98 ff.

2) So wohl Hellmann-Pfeiffer AWD 62, 246; Kleemann DB 62, 1633; Neumann DB 62, 1495

3) Vgl. Sölter, Vertriebsbindung S. 22; Schwartz MA 59, 321

4) Dies wird deutlich im Turmdrehkränefall des BKA, Tätigkeitsbericht 1961 S. 20

Während der kooperative Eigenhändler für die Marktwirtschaft das lebensnotwendige Organ ist, dessen Aufgabe darin besteht, der "ehrliche Makler" zwischen Angebot und Nachfrage zu sein, ist der integrierte Eigenhändler für das Herstellerunternehmen das Organ, dessen unentbehrliche Funktion es ist, den Warenabsatz für den Hersteller von der Produktionsstelle weg zu betreiben. Das GWB will im Falle des integrierten Eigenhändlers die innere Organisation des beherrschenden Herstellerunternehmens über § 18 GWB nicht antasten und nur beim Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung über § 22 GWB eingreifen. Diese bevorzugte Behandlung ist nach der Wertung des GWB dann nicht geboten, wenn die Wettbewerbsbeeinträchtigung, die im allgemeinen nur untersagt zu werden braucht, aus einer Vereinbarung zwischen zwei wirtschaftlich selbständigen Unternehmen resultiert, die keine gemeinsame Absatzorganisation geschaffen haben.

d3) Die entscheidenden Abwägungskriterien

Der Kundenschutz beschränkt den auf der Händlerstufe bestehenden schützenswerten Wettbewerb. Eine Eingriffsmöglichkeit gem. § 18 GWB besteht nach den beiden alternativen Voraussetzungen aber nur, wenn dadurch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs eintritt. Eine solche liegt nicht schon bereits dann vor, wenn ein wesentlicher Teil des Umsatzes auf dem betreffenden Markt von der Kundenschutzklausel erfaßt wird, ohne daß in einem solchen Fall auch die sonstigen wirtschaftlichen Auswirkungen und die Vernünftigkeit der betreffenden Vereinbarung geprüft worden sind, denn sonst wäre per se allen größeren Unternehmen, die über einen gewissen Marktanteil verfügen, die Möglichkeit der Kundenschutzsysteme genommen und sie müßten, um den gewünschten Einfluß auf den Vertriebsweg auszuüben, unternehmenseigene Filialen oder Vertriebsgesellschaften gründen¹⁾. Dieser formale Maßstab wird weiter der Tatsache nicht gerecht, daß ein tatsächlicher Marktausschluß von weiteren Voraussetzungen, wie der

1) Vgl. dazu Report of the Attorney Generals National Committee to Study the Antitrust Law (Oppenheim-Report), Washington 1955 S. 147

Möglichkeit des Auffindens neuer Lieferanten, abhängt.

Aber auch allein die Tatsache, daß Wettbewerber durch die Kundenschutzklausel von einem bedeutenden Teil des Marktes ausgeschlossen werden, oder, was dasselbe besagt, daß der Kundenschutzklausel bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Wahrscheinlichkeit einer wesentlichen Verminderung des Wettbewerbs innewohnt, wird das Erfordernis der wesentlichen Beschränkung nicht ausfüllen ¹⁾. Eine solche Auslegung käme ebenfalls dann, wenn sich der Markt auf ein durch Produktdifferenzierung ausreichend individualisiertes und heute nicht beliebig austauschbares Erzeugnis beschränken sollte, einem per-se-Verbot der Kundenschutzklausel sehr nahe und ließe eine Abwägung der volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile sowie der günstigen und schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb keinen Raum. Hier soll zwar nicht dem "market performance test" ²⁾ das Wort geredet werden, der Wettbewerbsbeschränkungen höchsten Ausmaßes hinnimmt, wenn nur damit bestimmte Marktergebnisse wie Verbrauchernutzen oder technischer Fortschritt erzielt werden. Ein solcher Test ist unbrauchbar, weil einmal der Schluß von bestimmten Marktauswirkungen auf wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht möglich ist, da nicht notwendig beides in einem Ursachenzusammenhang stehen muß. Zum anderen läßt ein solcher Test die Aufgabe des Wettbewerbsbeschränkungsrechtes außer acht, bestimmte Freiheiten der einzelnen auf dem Markt zu sichern ³⁾. Jedoch gilt es bei der Feststellung der Wesentlichkeit gerade wettbewerbspolitische, aber auch gesamtwirtschaftliche und sozialpolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wobei die in Art. 85 Abs. III EWGV gefundene Wertung auch für § 18 eine beachtenswerte Auslegungshilfe

1) Soaber Oppenheim-Report S. 146 f.; vgl. auch Oppenheim, 50 Michigan Law Review 1158

2) Vgl. dazu Kaysen-Turner, Antitrust Policy S. 82 ff.; Hoppmann ZBJV 66, 251 ff.

3) Vgl. auch Hoppmann ZBJV 66, 270 f.

gibt ¹⁾. Die wettbewerbstheoretischen und wettbewerbspolitischen Wertvorstellungen stehen bei dieser Abwägung im Vordergrund, jedoch sind Uberragende gesamtwirtschaftliche und sozialpolitische Zielsetzungen des Gesetzgebers mit heranzuziehen. Es gilt hierfür aber eine Grenze. Selbst noch so berechtigte Gründe können eine Bindung dann nicht mehr rechtfertigen, wenn die Vereinbarung zu einer unverhältnismäßig starken Beschränkung der jetzigen oder künftigen Wettbewerber führt. Das muß nicht den Grad einer Existenzvernichtung oder der Aussichtslosigkeit für den new-comer erreichen; es genügt u.U. eine einschneidende Beschränkung. Es gilt somit in § 18 GWB eine modifizierte rule of reason, nach der ein Ausgleich zu finden ist zwischen den Interessen der gesamten Volkswirtschaft an den mit der Bindung beabsichtigten Folgen einerseits und den Interessen der beschränkten Wettbewerber am Zugang zum Markt andererseits ²⁾. Je fördernder für die Gesamtwirtschaft die Folgen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede sind, desto eher können die Interessen der beeinträchtigten Wettbewerber zurückgestellt werden. Nur wo die Einzelinteressen der Konkurrenten, wie Existenzhaltung und die Chance auf Zugang zum Markt, die zugleich auch stets ein Interesse der gesamten Volkswirtschaft darstellen, höher einzuschützen sind, kann die Kartellbehörde von ihrem Eingriffsrecht nach § 18 GWB Gebrauch machen ³⁾. Hier liegt ein ähnliches Abgrenzungsproblem wie

-
- 1) Die bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigende Fernwirkung anderweitiger normativer Wertungen gilt auch in der Beziehung vom Staatengemeinschaftsrecht zum nationalen Recht.
 - 2) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Ballerstedt, Festschrift für Böhm S. 183, 195, wenn er in § 18 GWB ein auf die Handlung bezogenes Unwerturteil sieht und dieses insoweit nicht als gerechtfertigt anerkennt, als "die Eignung zum Markteinfluß neben den auf einen Rechtswert der Allgemeinheit gerichteten Intentionen nur als eine unvermeidliche Nebenwirkung erscheint".
 - 3) Das eingeräumte Ermessen schrumpft in diesen Fällen auf die einzig ermessensfehlerfreie Entscheidung, gegen die Beeinträchtigung vorzugehen, so daß in diesen Fällen ein Anspruch auf Einschreiten der Behörde besteht.

bei der Trennung von Sozialbindung und Enteignung im Rahmen des Art. 14 GG vor. Die für diese Unterscheidung gefundenen Kriterien (wie Schutzwürdigkeit, Schwere des Eingriffs, Zumutbarkeit, Verhältnismäßigkeit ¹⁾) sind entsprechend bei der Prüfung der Wesentlichkeit heranzuziehen. Gerade die die vertikalen Bindungsverträge beurteilenden §§ 15 ff. GWB werden durch eine enge und formalistische Auslegung den vielfältigen Tatbeständen der Wirtschaftspraxis nicht gerecht. Die strikte Verbannung der rule of reason aus dem Bereich des GWB ist für § 18 GWB nicht gerechtfertigt. Es ist v. Brunn ²⁾ Recht zu geben, daß die formalistische Anwendung deshalb noch nicht als ungeeignet erschienen ist, weil das Gesetz bisher nur in einer Zeit des wirtschaftlichen Aufschwunges anzuwenden war, in der die in ihm behandelten Probleme eine untergeordnete Rolle spielen ³⁾. Die von Raisch ⁴⁾ geäußerten methodischen Bedenken gegen dertartige Generalklauseln im Kartellrecht, daß diese weder nach der im Privatrecht geltenden hermeneutischen Methode noch durch klare ranggeordnete Gesetzeszwecke justiziabel gemacht werden könnten, überzeugen nicht, da einmal bei der Anwendung des GWB als einem Teil der Gesamtrechtsordnung normative Wertungen für Geschehensabläufe an anderen Stellen heranzuziehen sind, und weil zum anderen auf einem so dynamischen Gebiet wie der sozialen Marktwirtschaft starr festgelegte detaillierte volkswirtschaftliche und soziale Ziele und ihre Rangordnung untereinander nicht geboten sind. Es gilt nicht, einem Zustand feste Normen zuzuweisen, sondern sich einer dynamischen Entwicklung anzupassen.

1) Vgl. die Übersicht bei Bender NJW 65, 1297

2) v. Brunn AcP 163, 496

3) Vgl. die Verwaltungsgrundsätze des BKA in BB 63, 955
über das Erlaubnisverfahren für Spezialisierungskartelle,
die dieses zu berücksichtigen scheinen.

4) Raisch JZ 65, 625

e3) Der Kundenschutz als Markteinführungsmittel

Die Kundenschutzklausel unterfällt also trotz der mit ihr verbundenen Beschränkung des Nachfragewettbewerbs auf der Händlerstufe dann nicht dem § 18 GWB, wenn wettbewerbstheoretische oder volkswirtschaftliche Vorteile anderer Art diesen Nachteil überwiegen. In der Phase der Markterschließung für ein neues Produkt ist die Einführungsarbeit eines Alleinverkaufsberechtigten so entscheidend, daß eigentlich von einer Wettbewerbsbeschränkung nicht die Rede sein kann, sondern die Exklusivstellung wirkt auf die Produktkonkurrenz erst wettbewerbsfördernd. Hier wird eine Saldierung meist für den Produktwettbewerb sprechen, da ein Marktausschluß in diesem Fall nicht zu befürchten ist. Die Wettbewerbsbeschränkung ist notwendiges Übel, denn die Vorleistungen für einen erfolgreichen Absatz wird ein Händler nur dann auf sich nehmen, wenn er die Gewißheit hat, die auf die Erschließung des Marktes verwendeten Kosten durch spätere Gewinne zu kompensieren ¹⁾.

Aber auch nach der Einführung in den Markt hat die Alleinverkaufsstellung große Vorteile. Die Händlerbeschränkung kann einem Außenseiter das Verbleiben auf einem Oligopolmarkt ermöglichen oder erleichtern. Ein Beispiel aus der amerikanischen Kartellpraxis ²⁾ mag dies verdeutlichen: Einem beinahe konkursreifen Herstellerunternehmen gelang aufgrund des schlechten Rufes seiner Erzeugnisse trotz Verbesserung ihrer Qualität nicht die Rückkehr auf den Markt. Erst Alleinhändler mit absolutem Kundenschutz vermochten mit eigenständigen Werbemaßnahmen einen Zugang zum Markt zu schaffen. Die Hinnahme der Wettbewerbsbeschränkungen zwecks Existenzhaltung bedeutet noch keinen Verstoß gegen den Grundsatz, daß derjenige, der im Wettbewerb nicht bestehen kann, unterliegen und vom Markt verdrängt werden muß.

1) Zur Bedeutung der preselling activity vgl. Travers-Wright, Harvard Law Review S. 811

2) Sandura Co. v. Federal Trade Commission 399 F 2 d, 847

Damit ist eine dauerhafte Beschränkung noch nicht erlaubt, sondern zugunsten eines künftigen ¹⁾ wirkungsvollen Wettbewerbs wird einem an sich wettbewerbsfähigen Konkurrenten mit vorübergehender Wettbewerbsbeschränkung über eine momentane Baisse hinweggeholfen.

Auch sonst vermag der Kundenschutz gerade für die Kunden besondere Vorteile zu bieten ²⁾. In Zweifelsfällen vermögen diese den Ausschlag zu geben. So können ihm auf der Händlerstufe oftmals größere Handelsleistungen geboten werden, weil bei technisch komplizierten Waren der Alleinverkäufer größere Kenntnisse besitzt und daher besser zur Beratung und Installation geeignet ist, zumal er vom Hersteller geschultes und überwachtes Personal besitzt und von ihm laufend über die Entwicklung unterrichtet wird. Auch der Kundendienst, so besonders die vom Hersteller gewährte Garantie, kann von dem mit dem Artikel besonders vertrauten Alleinverkäufer besser ausgeführt werden.

Der Kundenschutz kann auch zu einer Preissenkung führen. Über den Weg der systematischen Erschließung und Bearbeitung des Marktes und den Alleinverkäufer und über die infolge seiner exklusiven Werbung erreichte Steigerung des good will der Erzeugnisse, deren Auswirkung auch andere Gebiete und Kunden erfaßt, wird eine Absatzerhöhung bedingt und somit eine Produktionssteigerung ermöglicht, die zu großen Serien berechtigt und damit niedrigere Stückkosten und im Endergebnis eine Senkung der Verbraucherpreise zur Folge hat. Eine Kostensenkung läßt sich auch dadurch erreichen, daß dem Hersteller aufgrund der genaueren Marktübersicht eines Alleinverkäufers und einer dank der systematischen Durchdringung der Märkte erreichten planmäßigen Absatzentwicklung die Dispositionen und Produktionsplanungen erleichtert werden, so daß Fehlinvestitionen zu einem

1) Das zukünftige Marktergebnis ist entscheidend. Vgl. Heuss, Markttheorie S. 267; Kummer, Begriff des Kartells S. 54 f.

2) Zum Folgenden vgl. Deringer MA 65, 127 ff.; Martino MA 66, 89 f.; Lockhard-Sacks, 65 Harvard Law Review 913 ff. (1952); Jordan, 9 University of California Los Angeles Law Review 111 ff.

großen Teil ausgeschlossen werden. Zuletzt hat der Hersteller auch noch aus der Lieferung an nur wenige Händler Vorteile, die er an den Verbraucher weitergeben kann, da er so Vertriebskosten spart und ein geringeres Kreditrisiko eingeht.

f3) Die Bedeutung der Kooperation

Bei der Auslegung des Merkmals der Wesentlichkeit und der dabei vorzunehmenden Saldierung der Vor- und Nachteile werden andere im GWB getroffene normative Wertungen heranzuziehen sein. Der durch die Novelle von 1965 geschaffene § 5 a GWB macht deutlich, daß dem Kartellrecht nicht das Modell des vollkommenen und atomistischen Wettbewerbs zugrunde zu legen ist, sondern daß durch Kooperation ein stärkerer, effektiver Wettbewerb geschaffen werden soll. Gerade kleinen und mittleren Unternehmen soll nicht verwehrt sein, sich eine schlagkräftige Absatzorganisation aufzubauen und einen festen Kundenkreis zu sichern. Es ist volkswirtschaftlich und soziologisch gesehen besser, Teilfreiheiten zu opfern, als letzten Endes die totale Unfreiheit von Unternehmen in der Fusion oder im Ruin in Kauf zu nehmen ¹⁾. Zugleich sind in der modernen Wachstumswirtschaft mit ihren enormen technischen Fortschritten die durch Kooperation geschaffenen Unternehmensgrößen als solche wichtige Wettbewerbsfaktoren. Die technischen Risiken und der ständige Wandel rechtfertigen die unternehmerische Zusammenarbeit auch auf verschiedenen Wirtschaftsstufen, um die technisch modernsten und rationellsten Absatzvorkehrungen zu schaffen ²⁾. Dies

1) Dieses mittelstandspolitische Argument findet seine Rechtfertigung darin, daß die Wettbewerbsordnung eingebettet ist in die Rechtsordnung, und daß sich an die auf den Schutz des Wettbewerbs zielenden Erwägungen weiterreichende gesellschaftspolitische Gedanken anschließen. Vgl. dazu Ballerstedt, Verhältnis S. 39 ff.

2) Vgl. Rühle von Lilienstern DB 66, 197; Engelbrecht DB 66, 1738; Sölter, Kartellrundschau Heft 8 S. 47 f.

führt in der Wirtschaftspraxis zu einem wünschenswerten Wettbewerb zwischen verschiedenen Absatzwegen und zu einer Auslesefunktion der nachgeordneten Wirtschaftsstufen gegenüber ihren Lieferanten ¹⁾.

Aus Konkurrenzgründen wird ein Absatzsystem das andere nach sich ziehen, und die verschiedenen Organisationen werden sich weiter entwickeln, so daß neben den Preis- und Nebenleistungswettbewerb die Konkurrenz der Absatzwege tritt.

g3) Die Bedeutung der Gegengewichtsbildung

Einen weiteren Anhaltspunkt gibt die Aufgabe des GWB, Gleichgewicht und Unabhängigkeit der Wirtschaftsunternehmen herzustellen. Die dem GWB zugrunde liegende Konzeption der Marktwirtschaft als eine nicht auf staatlicher Lenkung, sondern auf der Initiative der im Leistungswettbewerb untereinander stehenden Unternehmen beruhende Wirtschaftsordnung verlangt, daß zum Ausgleich der verschiedenen großen wirtschaftlichen Macht der Wirtschaftssubjekte von den schwächeren Unternehmen Gegengewichte ²⁾ gebildet werden. Der Gedanke des Abwehrkollektivs, das durch Gruppenbildung zum Ausgleich der Macht auf dem Markt beitragen soll, kommt in §§ 6, 7, 8, 38 Abs. II Satz 3 GWB und in den §§ 11 ff. des Binnenschiffahrtsgesetzes zum Ausdruck ³⁾. Das Grundproblem jeden Kartellrechts, den Abbau und die Verhinderung ungleicher Marktmacht zu gewährleisten, ist auch in § 18 GWB zu berücksichtigen. Die von einem Hersteller und einem Händler durch den Kundenschutz geschlossene Handlungseinheit braucht sich nicht nur gegen die marktbeherrschenden Unternehmen mit eigenen Filialen und Vertriebsgesellschaften zu richten, sondern kann auch als Gegengewicht gegen die vom Groß- und /oder Einzelhandel geschaffenen Nachfragegruppen gewertet werden. Die gegen die Idee der Gegenmacht geäußerten Bedenken ⁴⁾, sie laufe im Ergebnis auf Legitimation von Marktmacht hinaus,

1) So auch Rittner MA 58, 197

2) So Galbraith, American Capitalism S. 118 f., 143

3) Vgl. Bartholomeyczik AcP 166, 68 ff.

4) Schluep, Alleinvertriebsvertrag S. 157; Fack in FAZ 12.12.61

sind zwar richtig, Übersehen aber, daß das Kartellrecht wirtschaftlicher Macht an sich neutral gegenübersteht, wie es in den nach §§ 2 ff. GWB zulässigen Kartellverträgen zum Ausdruck kommt. Auch der Meinung ¹⁾, Marktmacht betätige sich nicht gegengewichtig, ist entgegenzuhalten, daß einmal nur die Gegenmacht schützenswert ist, die sich im Kampf gegen eine Marktmacht aufbaut, und zum anderen in der Wirtschaft ständig Faktoren wirken, die durch Machtverlagerung in den konjunkturellen Schwankungen auf der Angebots- oder Nachfrageseite Begünstigung und Nachteile hervorrufen, die beide Seiten auszugleichen bestrebt sind ²⁾.

h3) Der nachvertragliche Kundenschutz

Diese auch im Hinblick auf die Gesamtwirtschaft vorteilhaften Folgen der Kundenschutzabrede fehlen aber i.d.R. in den Fällen, in denen der Kundenschutz nach Beendigung des Lieferverhältnisses eintreten soll. Die volkswirtschaftlich positiven Auswirkungen sind für die Zukunft nicht zu erwarten, sondern der wettbewerbspolitische Nachteil, daß für die Nachfrageseite ³⁾ ein Anbieter ausfällt, der Wettbewerb zwischen Hersteller und Händler um die Kunden ausschaltet und diese dem Diktat des durch das Wettbewerbsverbot Berechtigten ausgesetzt sind, wird nicht mehr kompensiert, so daß bei fühlbarer Beschränkung der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite, die dann anzunehmen sein wird, wenn ein wesentlicher Teil des Umsatzes auf dem betreffenden Markt von der Kundenschutzklausel erfaßt wird, die Voraussetzungen des § 18 GWB gegeben sind. Dies gilt auch für Abreden mit dem integrierten Eigenhändler, da er insoweit auf spätere wirtschaftlich selbständige unternehmerische Tätigkeit verzichtet und als potentiell-er Wettbewerber beschränkt ist.

1) Mestmäcker, Staatslexikon S. 561

2) Ähnlich Andrease-Glahe, Gegengewichtsprinzip S. 66; Jöhr-Singer, Nationalökonomie S. 155 ff.

3) Als "anderes Unternehmen" i.S. des § 18 GWB kommen Unternehmen auf allen Wirtschaftsstufen in Betracht. Vgl. auch Deringer-Tessin WuW 66, 136

Anderer Meinung betreffs des integrierten Eigenhändlers dürfte wohl die Überwiegende Literaturmeinung sein, wenn sie einerseits ¹⁾ argumentiert, daß in dem sachlichen und zeitlichen Rahmen, den der auf den Eigenhändler analog anwendbare § 90 a HGB absteckt, wettbewerbsbeschränkende Klauseln nicht dem GWB unterfallen, oder wenn sie zum andern ²⁾ die Ansicht vertritt, daß das Wettbewerbsverbot wirtschaftlich auch für Zeit nach Vertragsbeendigung Teil der Leistung des Verpflichteten sei, die nur in dieser Form der gewährten Gegenleistung entspricht und durch den Grundsatz von Treu und Glauben geboten sei ^{3) 4)}. Diese Meinungen übersehen die Integrationswirkung des GWB in der Gesamtrechtsordnung, wenn sie von vornherein nachvertragliche Wettbewerbsverbote des integrierten Eigenhändlers aus dem Anwendungsbereich des § 18 GWB ausnehmen. Bei der Prüfung der Wesentlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung soll aber nicht verkannt werden, daß der Berechtigte i.d.R. sich nicht in erster Linie im voraus gegen die nach Vertragsende sonst zu befürchtende Konkurrenz sichern will, sondern daß es um eine interessen ausgleichende Beendigung und Auseinandersetzung eines Dauerverhältnisses geht. Darum sind die primär in der Vergangenheit liegenden gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Vertragsverhältnisses mit in die Abwägung hineinzunehmen, so daß z.B. die durch das Vertragsverhältnis ermöglichte Unternehmensgründung und so bewirkte Schaffung

1) Müller-Menneberg in GK § 1 Anm. 57; Rasch WuW 58, 212; Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen S. 146

2) So FK § 1 Tz 10 ff.

3) So besonders auch die Auffassung zu den in Veräußerungs- und Pachtverträgen festgelegten Wettbewerbsverboten. Vgl. dazu Glaser WRP 63, 80; Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 355, 356

4) Langen WuW 60, 669 hält § 18 GWB nur dann für anwendbar, wenn die Abrede unter dem Gesichtspunkt des gemischten Vertrages sich Überwiegend als eine auf Wettbewerbsbeschränkung gerichtete zu erkennen gibt. Diese Auffassung erkennt, daß es im deutschen Recht die Ausnahmeregelung einer ancillary restraint nicht gibt und wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden infolge der umfassenden Zielsetzung des GWB kartellrechtlich unzulässig sein können.

einer weiteren Wettbewerbsmöglichkeit eine später eintretende fühlbare Beschränkung der Wahlmöglichkeiten kompensieren kann. Allein die einzelwirtschaftlichen Vorteile des durch das Wettbewerbsverbot Berechtigten werden eine fühlbare Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen, sondern nur zugleich auch gesamtwirtschaftlich positive Auswirkungen können die zu Lasten Dritter gehenden Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit ausgleichen.

i3) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit

Diese volkswirtschaftlichen Vorteile gilt es in Beziehung zu setzen zu den gesamt- wie einzelwirtschaftlichen Nachteilen der Beschränkung des Nachfragewettbewerbs auf der Händlerstufe. Jedoch sind hierbei zwei Grenzen zu beachten: Einmal darf der Ausschluß vom Markt für das bestehende Handelsunternehmen oder den new-comer nicht existenzgefährdend bzw. eine Geschäftsaufnahme aussichtslos machen (Individualschutz). Andererseits ist stets zu prüfen, ob die anerkennenswerten Belange mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden können (Gebot der Verhältnismäßigkeit). Diese auf die konkrete Situation des einzelnen Unternehmers abgestellte Einschränkung wird besonders bei der Zulässigkeit der Vertriebsbindung des Herstellers zu prüfen sein, da statt deren oft eine geringere Wettbewerbsbeschränkung ausreicht, wie z.B. die Vereinbarung dahin, daß der Hersteller zwar verpflichtet ist, innerhalb eines Kundenbereiches nur an den Eigenhändler zu liefern, ohne diesen aber beim Verkauf auf diesen Bereich zu beschränken, oder daß dem Händler nicht verboten wird, in andere Bereiche zu liefern, er aber gehalten sein soll, seine Vertriebsanstrengungen vornehmlich auf das ihm zugewiesene Gebiet zu konzentrieren, oder daß er den im fremden Kundenkreis gemachten Gewinn an den dort berechtigten Händler abführt. Grundsätzlich ist aber auch diese Vertriebsbindung nicht per se eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung, sondern oft nur eine logische Ergänzung der gesamten Kundenschutzvereinbarung ¹⁾.

1) Siehe Jordan 9 University of California Los Angeles Law Review 143

k3) Das Ergebnis

Als Ergebnis gilt festzuhalten, daß Kundenschutzklauseln auch bei kooperativen Eigenhändlern grundsätzlich keinen Bedenken gem. § 18 GWB unterliegen. Nur dann wird eine Eingriffsmöglichkeit in Betracht kommen, wenn Kundenschutz zwischen Unternehmen vereinbart wird, von denen mindestens eines eine marktbeherrschende Stellung hat. Besonders wenn ein Hersteller, der ein Monopol besitzt, Kundenschutz gewährt, sind die anderen Händler vom Warenbezug ausgeschlossen mit der Folge, daß der Wettbewerb auf der Handelsstufe vollkommen beseitigt wird. Ferner bestehen Bedenken, wenn den gegenwärtigen Wettbewerbern oder dem new-comer jeglicher Zugang zum Markt verschlossen wird, oder wenn er zur Erreichung offensichtlich ungerechtfertigter Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen geschlossen wird. Dies ist dann leicht der Fall, wenn die anbietenden Hersteller über Alleinverkäufer vertreiben und Ausweichmöglichkeiten auf andere Händler nicht bestehen. Hier hat der Kundenschutz oft die gleiche Wirkung wie horizontale Absprachen unter den Händlern.

2) Die Beurteilung nach § 1 GWB

Bei der Lösung der Frage, ob die Kundenschutzklausel auch § 1 GWB unterfallen kann, gilt es zunächst, die beiden Vorschriften gegeneinander abzugrenzen. Während eine Mindermeinung¹⁾ es für möglich hält, daß Bindungsverträge i. S. des § 18 GWB auch Kartelle nach § 1 GWB sein können, schließt dies die h.M. aus²⁾. Soweit ein Teil der h.M. dies damit begründet, daß § 1 GWB alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu gemeinsamen Zweck erfasse, während § 18 GWB nur auf Austauschverhältnisse anwendbar sei, ist dem entgegenzuhalten, daß dem Merkmal "gemeinsamer Zweck" im Gegensatz zur KVO³⁾ keinerlei Bedeutung mehr zukommt.

1) Spengler DB 57, 1193; Müller-Henneberg WuW 63, 880;
Langen § 18 Tz 50

2) BGH BB 59, 1274; Fikentscher, Festschrift für Hueck S. 548 ff.;
FK § 18 Tz 109; Schwartz in GK Vorb. 1 zu § 15

3) Siehe Lukes, Kartellvertrag S 113; Ansätze in der Teerfarben-
entscheidung des BKA in BB 1968, 144

Der Kartellvertrag wird nicht vom zivilrechtlichen Vertragstypus oder der Organisationsform her bestimmt, sondern von seiner Funktion in der Wirtschaftspraxis, d.h. von der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung. Wollte man eine Gesellschaft i.S. des § 705 BGB oder ein gesellschaftsähnliches Verhältnis verlangen, so blieben eine Reihe marktbeeinflussender Verträge unberücksichtigt, wie es Ballerstedt ¹⁾ und Hefermehl ²⁾ an Hand von Beispielen zeigen. Entscheidend für die Abgrenzung kann aber auch nicht sein, ob die Partner gleichgeartete oder verschiedenegeartete Interessen verfolgen ³⁾, da Parteien bei jeder Art von Vertrag eine gewisse Interessenverknüpfung eingehen, und es äußerst schwierig ist - wie die Ausschließlichkeitsbindungen zeigen - festzustellen, wann gleichgerichtete Interessen vorliegen oder nicht. Eine Entscheidung danach, ob die Interessenverknüpfung Hauptzweck des Vertrages oder nur notwendige Nebenwirkung bei Erbringen der Hauptleistung ist, erscheint ebenfalls wegen der privatautonomen Ausgestaltung der Verträge allzu großen Abgrenzungsschwierigkeiten zu unterliegen.

Zur Abgrenzung geeigneter erscheint die Auffassung des Teils ⁴⁾ der h.M. zu sein, die darauf abstellt, ob es sich um einen Vertrag zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe handelt oder nicht (Horizontal-oder Vertikalvertrag). § 1 GWB verlangt ein zwischen den Vertragspartnern bestehendes und durch den Vertrag beschränktes Verhältnis aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs ⁵⁾. Seine wettbewerbsrechtliche Gefährlichkeit erhält der Kartellvertrag gegenüber den Verträgen nach §§ 15 ff. GWB gerade dadurch, daß er zwischen Wettbewerbern abgeschlossen und somit funktionell gleichgerichtete Tätigkeit der Wettbewerber koordiniert bzw.

1) So Ballerstedt JuS 63, 263

2) Baumbach-Hefermehl § 1 Anm. 18

3) So aber Ballerstedt JuS 63, 263

4) Meyer-Wegelin Vorb. zu § 15; Rittner, Ausschließlichkeitsbindung S. 45; a.A. aber Schwartz in GK § 18 Anm. 20; Fikentscher, Festschrift für Hueck S. 547 ff.

5) So auch Lukes JuS 62, 162, 217

unterbunden wird und darum nahezu immer beschränkende Folge für die Marktgegenseite zeitigt. Darum rechtfertigt sich das Per-se-Verbot des § 1 GWB.

Nun zeigt aber gerade die Kundenschutzklausel, daß auch der Hersteller, wenn er Direktabsatz betreiben will, in seinem Suchen nach Abnehmern gebunden ist. Hersteller und Händler stehen - zumindest potentiell - auf der gleichen Wirtschaftsstufe und in einheitlicher Marktfrent. Der Kundenschutz wirkt gerade in den Fällen, in denen er nur einmalig und systemlos gewährt wird wie z.B. auf Spezialmärkten, auf denen der Kreis der Nachfrager auf sehr wenige beschränkt ist und sich ein Händlerwettbewerb nicht bildet, horizontal, indem der Hersteller auf die Stellung eines potentiellen Wettbewerbers verzichtet. Es ist also durchaus möglich, daß eine Vereinbarung nach § 18 GWB zugleich eine solche nach § 1 GWB sein kann. Die sich daraus ergebende Kollision der Rechtsfolgen läßt sich weder nach den Regeln der Subsidiarität noch nach denen der Spezialisierung infolge Fehlens eines solchen Verhältnisses lösen. Es gilt zu berücksichtigen, daß nur schädliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch das GWB untersagt sein sollen. Nur wo eine formale Beschränkung fast stets auch materielle Folgen für die Marktgegenseite zeitigt, kann das Per-se-Verbot des § 1 GWB anwendbar sein. Da die Kundenschutzklausel ebenso wie andere Bindungen i.S. des § 18 GWB wettbewerbsrechtlich und gesamtwirtschaftlich durchaus nützlich sein kann, erscheint nach dem auch im Kartellrecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das flexible Instrument der Eingriffsbefugnis nach § 18 GWB angemessener als die strenge Nichtigkeitsfolge nach § 1 GWB. Die Kundenschutzklausel ist daher nicht unter § 1 GWB zu prüfen.

Jedoch wird die in § 1 GWB gegebene Indikation für wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit bei der Beurteilung von Kundenschutzvereinbarungen im Rahmen von § 18 GWB dann weitgehend herangezogen werden können, wenn der Kundenschutz nur horizontale Wirkungen zeitigt, wie in dem Fall, daß infolge geringer Anzahl von Nachfragern ein Stufenwettbewerb nicht entsteht und nur Produzenten als potentielle Wettbewerber in Betracht kommen, oder daß der

geschützte Kunde wegen der Erforderlichkeit eines riesigen Zubehörlagers und der Einheitlichkeit der Ausrüstung an die Waren eines Herstellers gebunden wird. In diesen Fällen der einmaligen und systemlosen Kundenschutzgewährung liegt die Wettbewerbsbeschränkung darin, daß dem Kunden ¹⁾ die Ausweichmöglichkeiten auf Direktgeschäfte mit dem Hersteller genommen wird. Da direkter und indirekter Absatz wettbewerbsrechtlich gleichrangig sind, und es Aufgabe des GWB ist, gerade in späteren Marktsituationen Wettbewerb zu schaffen, weil das zukünftige Marktergebnis entscheidend ist, und dies eine Barriere für jetzige Wettbewerbsbeschränkungen darstellt ²⁾, ist dieser potentielle Wettbewerb zwischen Hersteller und Eigenhändler besonders schützenswert. Man kann als Rechtfertigung nicht heranziehen, daß es egal sei, ob nun der Hersteller allein oder ein bestimmter Eigenhändler dem Kunden konkurrenzlos gegenübersteht, denn mit der Kundenschutzvereinbarung wird der Kunde normativ dem Preis- und Konditionendiktat des Eigenhändlers unterworfen, ohne daß er durch an sich gegebene Wahlmöglichkeiten auf den Hersteller ausweichen könnte. Hier werden die oben angegebenen wettbewerbsrechtlichen und gesamtwirtschaftlichen Vorteile besonders stark sein, wenn ihm rechtfertigende Kraft zukommen soll.

3) Die Beurteilung nach § 26 GWB

Die Tatbestände des § 26 GWB decken sich trotz gewisser Überschneidungen nicht mit den Voraussetzungen des § 18 GWB. Die engere Vorschrift des § 18 GWB hat keinen Vorrang vor § 26 GWB ³⁾, denn eine lex specialis muß sämtliche Begriffsmerkmale der lex generalis und dazu noch ein spezifizierendes enthalten,

1) Als anderes Unternehmen i.S. des § 18 GWB kommen Unternehmen auf allen Wirtschaftsstufen in Betracht. Vgl. oben Seite 158

2) So Hoppmann ZBJV 66, 261; Heuss, Markttheorie S. 113, 267 f.

3) So aber Rittner MA 58, 197; Fikentscher WuW 58, 266; Lehmpfuhl, Vertriebsbindungen S. 64

so daß jeder Sachverhalt, der unter die *lex specialis* fällt, gleichzeitig auch das allgemeine Gesetz erfüllt. Ebenfalls sind die in § 26 GWB normierten Rechtsfolgen von denen des § 18 GWB verschieden ¹⁾.

Obwohl der Kundenschutz notwendig Dritte vom Warenbezug ausschließt, kann dies mit Rücksicht auf die in § 18 GWB normierte Wertung nicht zur Folge haben, daß § 26 GWB ohne weiteres Anwendung findet ²⁾. Vielmehr sind die regelmäßigen Wirkungen der Kundenschutzklausel als Bindungsvertrag gem. § 18 GWB nur nach Maßgabe und unter den Voraussetzungen des § 18 GWB angreifbar ³⁾. Jedoch sind Fälle denkbar, daß ein Bindungsvertrag i.S. des § 18 GWB, auch wenn er nach § 18 GWB zulässig wäre, gegenüber einem einzelnen sich als ein unbilliger Boykott oder eine Diskriminierung darstellt ⁴⁾. Die Anwendbarkeit des § 26 GWB läßt sich aber nicht damit begründen, daß § 26 GWB wegen seines Verbotsnormcharakters neben § 18 GWB als schwächere Mißbrauchsnorm heranzuziehen sei ⁵⁾, da sich der Anwendungsbereich einer Vorschrift nicht allein an den Rechtsfolgen abmessen läßt. Vielmehr sind in § 26 GWB nicht wettbewerbstheoretische und gesamtwirtschaftliche Aspekte wie in § 18 GWB zu berücksichtigen, sondern es kommt dort allein auf das Verhältnis zwischen dem Veranlasser der Sperre und dem Gesperrten an, so daß durchaus der Fall eintreten kann, daß wettbewerbspolitisch die Bindung nicht schädlich ist, gegenüber einem bestimmten Dritten jedoch ein Boykott oder eine Diskriminierung vorliegt.

Die Kundenschutzklausel hat, wie gezeigt, wettbewerbstheoretisch ungünstige Folgen und wird von dem Hersteller vereinbart, um den eigenen Absatz zu fördern und zu sichern

1) Zu den verschiedenen Rechtsfolgen KG WuW/E OLG 438; BGH WuW/E BGH 513

2) Vgl. auch § 16 Abs. IV Satz 2 GWB

3) So auch BGH GRUR 63, 149

4) Vgl. auch Kracht NJW 60, 1229; Rasch-Westrick § 26 Anm. 24; Kartellreferenten WuW/E KRT 44

5) So aber v. Brauchitsch; Kartellrecht § 18 Abs. V; Rasch-Westrick § 26 Anm. 24; Arnold WuW 60, 623; OLG Düsseldorf WuW/E LG 381

Nur wo dieses konstruktive Merkmal fehlt und die Klausel lediglich eine getarnte Sperrklausel gegenüber einem bestimmten Wettbewerber ist, kann sie auch unter § 26 Abs. I GWB fallen. § 26 Abs. II GWB findet nur selten Anwendung, da in aller Regel andere gleichartige Unternehmen auch vom Bezug ausgeschlossen sind.

4) Die Beurteilung nach Art. 85 EWGV

Der Kundenschutz spielt heute auch eine wichtige Rolle für den Hersteller bei der Erschließung von Auslandsmärkten. Mehr noch als im nationalen Bereich hängt ein erfolgreiches Eindringen auf den fremden Markt davon ab, daß der Absatzende eine genaue Kenntnis von seinen ausländischen Wettbewerbern und deren Erzeugnissen, von den Handelsbräuchen und Verbrauchergewohnheiten hat. Diese Erfahrungen hat zu Beginn des Gemeinsamen Marktes ein nationaler Hersteller noch nicht, so daß es nahe liegt, mit dem Absatz in den fremden Staaten einen besonders um die dortigen Marktverhältnisse wissenden Händler zu betrauen. In der Wirtschaftspraxis sind daher Kundenschutzklauseln mit gegenseitigen Export- und Reimportverboten häufig, in denen entweder systematisch für jedes Land ein einziger Gebietsvertreter bestellt wird oder sporadisch bestimmte ausländische Kunden namentlich oder branchenmäßig geschützt werden.

Diese Stellungen erhalten in Frankreich und Belgien aufgrund der opposabilité aux tiers ¹⁾ dingliche Wirkung, da es nach diesem Rechtsinstitut unlauterer Wettbewerb ist, wenn Dritte trotz der Kenntnis vom Kundenschutz die Kunden mit der Vertragsware beliefern. Dieser Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels kann man nicht dadurch begegnen, daß die EWG-Kommission zwar den Vertrag unter der Bedingung genehmigt, daß er nicht als Grundlage für eine Unterlassungsklage gegen den Wettbewerber benutzt wird, für den Fall einer Klage gegen den Außenseiter aber die "vorläufige" Gültigkeit des Vertrages für beendet erklärt, zumindest aber Art. 15 VI VO 17 anwendet.

1) Vgl. dazu Cour d'Appel de Paris JCP 1960 II 11857;
Plaisant Rev. trim. droit comm. 1964, 7

Das vorrangige Staatengemeinschaftsrecht verlangt eine Auslegung der *opposabilité aux tiers* dahin, daß sie auf solche Verträge nicht mehr anwendbar ist, die sich auf die Einfuhr aus anderen Mitgliedsstaaten der EWG beziehen.

a) Die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. I EWGV

Die Vereinbarkeit dieser durch Kundenschutz geschaffenen Sonderstellung der Händler mit Art. 85 EWGV ist bezüglich des gebietsmäßig festgelegten Kundenschutzes mit absolutem Exportverbot für den Händler streitig. Während der EuGH ¹⁾ und die EWG-Kommission ²⁾ eine Vereinbarkeit verneinen, wird sie in der Literatur ³⁾ weitgehend bejaht.

Der Grundgedanke des Art. 85 EWGV ist, zu verhindern, daß der durch den Abbau der öffentlich-rechtlichen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen ermöglichte freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten nicht durch privatrechtliche Absprachen beeinträchtigt wird ⁴⁾. Da diesem Zweck sowohl durch horizontale wie vertikale Abreden entgegengewirkt werden kann, findet Art. 85 EWGV auch auf vertikale Verträge Anwendung ^{5) 6)}.

Anwendbar ist Art. 85 Abs. I EWGV aber nur bei solchen Vereinbarungen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind. Bei diesem Merkmal handelt es sich um ein Kriterium für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Gemeinschaftsrecht und

1) EuGH AWD 1966, 307

2) EWG-Kommission ABLEG 1964 S. 2545 ff.

3) Vgl. u. a. Rittner MA 65, 102; Ewald MA 65, 113; Deringer MA 65, 122; Gleiss-Hootz AWD 66, 310; Wurdinger EuR 66, 284

4) Vgl. dazu Coing ZgesHR 125, 271; Deringer WuW/EWG-Kommentar Art. 85 Abs. I Anm. 45

5) So auch EuGH BB 66, 834; a. A. aber Sölter WuW 61, 670; v. Werdt WuW 62, 583

6) Art. 85 EWGV ist auch nicht deshalb unanwendbar, weil die Bindung nach § 18 GWB zulässig ist. Das GWB hat gegenüber Art. 85 EWGV keine Sperrwirkung, da Staatengemeinschaftsrecht vorrangiges Recht ist. Anders aber Möhring, Festschrift für Riese S. 180, 184

nationalem Recht ¹⁾. Eine Beeinträchtigung liegt schon in der "Ablenkung des Warenstroms aus seinem natürlichen Bett" ²⁾ und nicht nur in der Verhinderung des Aufbaus des Gemeinsamen Marktes durch Errichtung zwischenstaatlicher Handelsschranken. Damit ist auch nicht der Auffassung zu folgen, daß Art. 85 Abs. I EWGV unanwendbar ist, wenn die Vorteile der Vereinbarung für den Warenverkehr zwischen zwei Staaten die Nachteile für den zwischenstaatlichen Handel der Gemeinschaft überwiegen ³⁾; denn es liegt nicht im Interesse der Staatengemeinschaft, daß der Warenverkehr bestimmter Mitgliedsstaaten gegenüber dem anderen gefährdet wird ⁴⁾. Die bei der Zuständigkeitsprüfung geforderte gewisse materielle Schwere der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ergibt sich daraus, daß mit der Beeinflussung der Wettbewerbsstellung dritter Personen noch nicht eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt. Das EWG-Kartellrecht dient lediglich dem Aufbau und der Aufrechterhaltung eines freien zwischenstaatlichen Warenverkehrs, nicht aber auch dem Schutz des einzelnen Wettbewerbers. Nur wo durch Wettbewerbsbeschränkungen das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erschwert wird, greift Art. 85 Abs. I EWGV ein.

Dies ist dann anzunehmen, wenn entweder privatrechtliche Handelsschranken gleichlaufend mit den nationalen Grenzen aufgebaut werden oder wenn ein Teil der inländischen Kundschaft für andere in- wie ausländische Wettbewerber nicht mehr zugänglich ist. Durch die Export- und Reimportverbote werden teilweise die alten nationalen Handelsgrenzen wieder errichtet und dem Integrationszweck zuwidergehandelt. Es wird verhindert, daß mit zunehmenden Preisunterschieden

1) So auch EuGH BB 66, 836; a.A. aber Quadri-Monaco-Trobecchi Art. 85 Anm. 11; Wohlfarth-Everling-Glaessner-Sprung Art. 85 Anm. 5

2) So auch EuGH BB 66, 837; Generalanwalt Lagrange Rspr. GH VIII 97, 150 ff.; Gleiss-Hootz AWD 66, 311

3) So aber Sölter WuW 61, 672

4) Vgl. Kleemann, Wettbewerbsregeln S. 36 f.; BKA Tätigkeitsbericht 1961, 62

von Land zu Land die Gefahr von Parallelimporten für den Alleinverkäufer zunimmt. Der Ausschluß dieser Integrations- und Rationalisierungswirkungen für die Warenverteilung und mittelbar für den Verbraucher läßt die in der Kundenschutzklausel enthaltene Export- und Reimportverbote als mit dem Geist des EWG-Vertrages unvereinbar erscheinen. Es wird eine Einschränkung des Herstellers und der Bezugsquellen der Abnehmer bewirkt, die unter die Tatbestände des Art. 85 Abs. I lit. b und c EWGV fallen. Der Kundenschutz im supranationalen Raum bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung auf der Händlerstufe, wodurch in einem nationalen Bereich das Erzeugnis nur von einem oder wenigen angeboten wird. Konkurrenz durch Parallelimporte ist ausgeschlossen, so daß dadurch grundsätzlich Art. 85 Abs. I EWGV erfüllt ist. Jedoch wird man nicht so weit gehen können, daß der Kundenschutz per se unter das Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV fällt, sondern es ist an den Umständen des Einzelfalles das Vorliegen der Voraussetzungen zu prüfen. Eine Abwägung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile, d.h. ob nicht etwa im Ergebnis mehr Wettbewerb auf anderen Stufen entfacht wird, ob nicht die Wettbewerbsbeschränkungen aufgewogen werden durch die Erschließung neuer Märkte und dem Verbraucher mehr Möglichkeiten in der Güterauswahl geboten werden, ist bei dem Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung nicht möglich¹⁾, da solche Gesichtspunkte im Rahmen des Art. 85 Abs. III EWGV zu prüfen sind. Art. 85 Abs. III EWGV setzt die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. I EWGV gerade voraus. Es ist daher in Art. 85 Abs. I EWGV nicht möglich, anhand einer rule of reason die einzelnen Auswirkungen der Abrede gegeneinander abzuwägen und gegebenenfalls die Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen.

1) Französische Gerichte neigen aber zu einer solchen Saldierung, da nach französischem Kartellrecht für "bonnes ententes" eine Legalausnahme besteht. Vgl. dazu Tribunal de Commerce de la Seine AWD 62, 206. Ähnlich Schluep, Alleinvertriebsvertrag S. 255 ff.

b) Die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. III EWGV

Der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 85 Abs. III EWGV kommt bei der weiten Ausdehnung des Art. 85 Abs. I EWGV eine besondere Bedeutung zu. Dabei sind die in Art. 85 Abs. III EWGV genannten Voraussetzungen für eine Freistellung nicht abschließend aufgezählt, sondern es handelt sich nur um eine beispielhafte Nennung von Kriterien, die zu einer Ausnahme vom Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV führen ¹⁾. Hier ist eine Saldierung aller wettbewerbstheoretischen wie gesamt- und einzelwirtschaftlichen Vor- und Nachteile sowie der gemeinschaftspolitischen Erfordernisse geboten ²⁾. Auch gemeinschaftspolitische Gesichtspunkte können eine derartige Kooperation zweier verschiedenstaatlicher Wirtschaftssubjekte gutheißen, da gerade diese dazu geeignet erscheint, den an die Stelle der Zollschränken und Einfuhrbeschränkungen tretenden und wegen ihrer Wandlungsfähigkeit schwer verfolgbaren Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 30 EWGV) wirksam entgegenzuwirken ³⁾. Nicht allein die den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages zugrunde liegende klassische Freihandelstheorie vermag zu einer von Wettbewerbsverzerrungen freien Wirtschaftsgemeinschaft zu führen ⁴⁾, sondern oft wird eine Verbindung mehrerer Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten der einzige wirksame Schutz gegen protektionistische staatliche Manipulationen sein. Die enge Auslegung des Art. 85 Abs. III EWGV durch den EuGH und die EWG-Kommission läßt sich wohl dadurch erklären, daß der Gemeinsame Markt erst noch in der Entstehungsphase ist. Gerade dann aber, wenn von einem wirklichen Gemeinsamen Markt gesprochen werden kann, wird eine rule of reason eine mehr auf wirtschafts- und wettbewerbspolitische Gesichtspunkte abgestellte Entscheidung über die durch den Kundenschutz geschaffenen Sonderstellungen

1) a.A. aber Deringer Art. 85 Abs. III Anm. 21 ff.

2) Für eine ausdehnende Auslegung der alternativen Voraussetzungen vgl. Quadri-Monaco-Trabucchi Art. 85 Anm. 19; Rasch-Westrick Art. 85 Anm. 41; Gleiss-Hirsch Art. 85 Anm. 125

3) Vgl. Sölter, Kartellrundschau Heft 8 1966, S. 45 f.

4) Vgl. auch die Kritik bei Huppert, Schmollers Jahrbuch 1965 S. 466 ff.

der Händler ermöglichen. Dabei wird auch das negative Tatbestandsmerkmal der Unerläßlichkeit nicht zu engherzig auszulegen sein, jedoch ist auch hierbei das Verhältnis von gewünschtem ¹⁾ Ziel und Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen ²⁾. Es sind nicht allgemeine theoretische Spekulationen über den Markteinfluß einzelner Klauseln, sondern konkrete Vergleiche aus der Sicht des betreffenden Geschäftszweiges und der Situation des einzelnen Unternehmers anzustellen ³⁾, so daß der unternehmerischen Freiheit in der Wahl der Absatzmittel nicht allzu enge Fesseln angelegt werden. Nur so kann es gelingen, die unterschiedlichen Zielsetzungen des EWG-Vertrages, nämlich einmal die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes und zum anderen die unternehmerische Gestaltungsfreiheit, die in zahlreichen Bestimmungen des Vertrages von Rom gesichert wird ⁴⁾, auf einen Nenner zu bringen. Nur dann, wenn die Vorteile des Kundenschutzes die mit der Abkapselung von Teilmärkten verbundenen Nachteile nicht mehr überwiegen, wird eine Freistellung von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 85 Abs. I EWGV nicht möglich sein. Gerade bei der Einführung neuer Waren, beim Vertrieb technisch komplizierter Erzeugnisse und bei Abreden zwischen kleinen und mittleren Unternehmen werden die Vorteile überwiegen. Bedenken gegen eine Freistellung bestehen stets dann, wenn der Kundenschutz dazu mißbraucht wird, durch die Abschirmung des Marktes ungerechtfertigte Preisunterschiede zu erhalten oder wenn marktbeherrschende Unternehmen Kundenschutz vereinbaren.

-
- 1) Als zu weitgehend ist die Auffassung von Axster, Kartellrundschau Heft 8 S. 160 ff. abzulehnen, der Art. 85 III EWGV i.S. von Art. 65 § 2 MUV und § 5 III S. 3 GWB ausgelegt wissen will.
 - 2) So auch Baumbach-Hefermehl Art. 85 Anm. 30; Rasch-Westrick Art. 85 Anm. 46; a.A. aber Kleemann, Wettbewerbsregeln S. 52; Gleiss-Hirsch Art. 85 Anm. 131
 - 3) Siehe Deringer WuW/EWG-Kommentar Art. 85 Abs. III Anm. 43; vgl. auch Handler, 112 University of Pennsylvania Law Review 168
 - 4) Vgl. bes. Art. 3, 52 ff. EWGV

L e b e n s l a u f

Am 9. September 1941 wurde ich als Sohn des Oberlandwirtschaftsrates a.D. Dr. Karl Pröbsting und seiner Ehefrau Sophia Pröbsting geb. Högemann in Warburg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von Ostern 1952 besuchte ich nach vierjährigem Volksschulbesuch das Gymnasium Marianum in Warburg und legte dort 1961 meine Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich in Bonn, Köln und Münster Rechtswissenschaft.

Am 19. Juni 1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst.

